<36634533980016

Theorie

des

heutigen Deutschen Strafrechts

von

Dr. Ernst Immanuel Bekker.

Erster Band.

Leipzig
Verlag von S. Hirzel
1859.

Suum cuique.

Suum cuique.

Unserer Zeit hat man vorgeworfen daß sie nicht Achtung genug vor dem Recht habe; daß sie das Recht überschätzt, ist nicht minder wahr. Recht ist ein vieldeutiger Ausdruck, die Ueberschätzung trifft nicht alles was darunter verstanden werden kann, und auch das überschätzte Recht ist nicht überall werthlos, nur an der Stelle an die es nicht gehört.

Das Recht, auf das ich ziele, ist schon der Willkür gegenübergesetzt worden. Wenn jemand in irgend welcher Lage des Lebens handelt ganz nach eigenem Gutbefinden, wie er eben glaubt unter dem Gesammteindruck der Umstände die er wahrnimmt am besten zu handeln, ohne Rücksicht darauf was andre gedacht und gesagt wie in solcher Lage und unter solchen Umständen zu handeln sei, so hat man sein Vorgehn wol als ein willkürliches bezeichnet; wogegen wenn der Handelnde sich umthut nach den Regeln, welche andre Menschen in weiser Voraussicht für das Handeln in diesem Falle aufgestellt haben, und bei seinem Handeln streng diese Regeln einhält, das Verfahren ein rechtmäßiges genannt wird. Gibt der Herr seinen Leuten soviel und sowenig wie er meint daß sie brauchen, so ist es Willkür; gibt er ihnen was Gesetz oder Herkommen vor-

schreibt, mögen sie dabei Hunger leiden oder im Ueberfluss verkommen, das ist Recht. Was auf dem einen Gebiet Recht genannt wird, heisst auf dem andern Theorie, System. Zum Beispiel wenn ein Feldherr alle Bücher über die edle Kriegskunst gelesen, und daraus gelernt hat woran er den Schlüssel jedweder Position erkennen könne, und wie er dann mit einer Flankenbewegung halbrechts oder halblinks den Feind zu umgehn und abzuschneiden habe, auch der Mann ist die erlernten Regeln kommendes Falles treu nach Vorschrift zur Anwendung zu bringen, so ist das ein großer Theoretiker oder Systematiker, der sich besiegt und geschlagen damit trösten mag, daß er den Krieg kennt — wie er in den Büchern steht.

Alles an seinem Ort, alles zu seiner Zeit. Ende des vorigen Jahrhunderts war das Streben berechtigt dem einzelnen Individuum gegenüber der Gesammtheit, und insbesondere gegenüber den Vertretern dieser Gesammtheit, die gebürende Geltung zu verschaffen, für allgemeine Menschenrechte Gleichheit Brüderlichkeit in den Kampf zu gehn. Seitdem ist ein Umschwung eingetreten: die Achtung vor dem Individuum ist jetzt so hoch aufgegipfelt, daß sie bald sich zu überschlagen besorgen mag. Dagegen ist den meisten von uns, Kindern des neunzehnten Jahrhunderts, das Bewusstsein abhanden gekommen, daß was wir als einzelne gelten überall nur in zweiter Ordnung steht, daß wir Theile und Glieder eines größeren Ganzen sind, an dessen Wachsen und Gedeihn mehr gelegen ist als an dem unseren; daß wie wir nach Erfordern was Theuerstes wir besitzen diesem Ganzen zum Opfer bringen müssen, so auch bei Zuschnitt und Anlage unseres Lebens überhaupt, mehr darauf sehn sollen was den allgemeinen Interessen als was unseren besonderen Wünschen und Neigungen entspricht. Es wäre wohl an der Zeit auch diesem kurzsichtigen, dem einzelnen oft mehr noch als der Gesammtheit schädlichen Egoismus Einhalt zu gebieten; bis-

her sind die zündenden Phrasen für diesen Zweck noch nicht gefunden.

Ebenso musste eine Zeit darauf ausgehn den Rechtsformalismus zu entwickeln und zu pflegen. Auch jetzt noch ist er vielorts unentbehrlich. Es handelt sich nicht um Vernichtung, nur um Beschränkung. Denn das leuchtet sofort ein, daß die Herstellung eines zwingenden Rechtsschematismus für alle menschlichen Verhältnisse, der Untergang des Menschenthums, Aufhebung aller Freiheit und Gottebenbildlichkeit wäre. Nicht dazu hat Gott jedem Menschen Willen und Vernunft gegeben, daß er sich zur Maschine entwerthe, menschlicher Voraussicht überall und stets gehorsame und nachstrebe, nicht selber Princip desjenigen sei was er äusserlich wirkt, nur Werkzeug nach anderer Willen ohne Verdienst und Verantwortung durch das Leben sich brauche; nicht dazu ist die Liebe geboren, daß die Regel alles menschliche Thun beherrsche. — Aber auch entrathen dürfen wir der Regel, der ausgesprochenen Regel nicht ganz. In einem Staat, berühmt durch zweckmäßige Ordnung seiner Forstcultur, ist genau berechnet in wievieljährigem Betriebe die einzelnen Hölzer gehalten werden müssen, und danach auf weite Jahre hinaus bestimmt wann dies wann jenes Stück zu hauen sei. Drei Jahr bevor dieser Schlag abgeholzt werden soll bieten Holzhändler darauf weit größere Summen als die nach drei Jahren ausgeworfenen, es zeigt sich daß das Holz, wenn es hier noch drei Jahr stehn bleibt, bedeutend an Werth verlieren muss, denn durch die Schläge der letzten Jahre ist es aller Deckung gegen den Wind beraubt; wogegen was in diesem Jahr zu fällen wäre gedeckt steht, und nach drei Jahren mehr als jetzt werth sein würde. Also will man den einen Schlag mit dem andern vertauschen, das Holz auf jenem drei Jahr früher, auf diesem drei Jahr später fällen. Aber nein, die aufgestellte Norm verbietet es, von der Norm kann nicht abgewichen werden, also bekommt der Staat jetzt

nicht mehr, nach drei Jahren weniger, als worauf gerechnet war. Der Schaden ist ein sehr erheblicher, der Regel zu Liebe die unangetastet geblieben ist: fiat justitia pereat mundus. — Der Fall ist lehrreich, was wir daraus lernen ist aber doch nicht, daß die Herrschaft der Regel ganz aufzuheben sei.

Wo sonst die Regel ebenso steif aufrecht erhalten wird, hat man nach ähnlichen Erfolgen nicht lange zu suchen. Bureaukratisches Regiment gilt uns allgemein als ein Misbrauch, zuviel der Beamtengewalt. Aber was eigentlich unter dem Ausdruck zu verstehn sei, darüber sind wir noch keineswegs einig. Bald jede Uebermachtfülle des Beamten, die den Nichtbeamten, auch den Unterbeamten von dem guten Willen oder der Willkür des Beamten, zumal des Oberbeamten abhängig macht. Und wieder, daß jede Willkür im Beamten erstirbt, derselbe nichts ist als die Maschine im Dienste des Gesetzes, nichts bedenkt nichts thut als was das Gesetz ihm vorschreibt, am grünen Tisch die unendliche Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens ausser acht lässt, weil das Gesetz von dieser Mannigfaltigkeit nichts weiss, nichts sagt. Wer in der Schule dieser Bureaukratie groß gezogen ist, dem können wir es nicht verargen, wenn er schliesslich, da er selber die Zügel in die Hand nimmt, berufen als Obermaschine die Thätigkeit von soviel Untermaschinen zu reguliren, sich beikommen lässt durch Verordnung zu bestimmen wann die Fische zu laichen haben.

An vielen Stellen bedürfen wir dieses steifgeordneten Regiments. Wie wäre es wenn der Zugführer seinen Train nur ein Stündchen später dürfte abgehn lassen, weil bis jetzt zu wenig Personen sich eingefunden haben um die Kohlen zu bezahlen, nach der einen Stunde aber, wie schon jetzt vorherzusehn, zehnmal mehr befördert sein wollen? Oder wenn der Oberst seinen Officieren viel und wenig Gage auszahlen lassen dürfte, je nach ihren Bedürfnissen? Es gibt Lebensverhältnisse über welche die allbekannte Regel

allmächtig herrschen muss, andre wo ausnahmsweise der Individualität Recht wider die Regel werden soll, wieder andre wo die Regel uns nur als mehr oder weniger nützlicher Nothbehelf gelten kann, bis endlich wir das Gebiet erreichen auf dem nur die freie Entschliessung des Einzelnen berechtigt auftritt.

Freiheit und Regel, die Worte bezeichnen nicht eben einen Gegensatz, ist ja doch die Vernunft, der Freiheit Quelle, gerade das Vermögen die Regel zu begreifen die Gott in die Welt gesetzt hat. Aber diese Göttliche Regel ist es auch nicht von der wir und wider die wir gesprochen, sondern die Regel, die Menschenwerk, wo sie herrscht die Beachtung jeder andern, also auch der Göttlichen Regel verbieten will. Wie Regel und Regel so stehn Recht und Recht einander gegenüber, denn das Recht ist nichts andres als die Regel für gewisse Verhältnisse. Darum treten wir dem gemachten menschlichen Recht entgegen, weil es, obwol nur unvollkommener Abdruck des ursprünglichen Göttlichen Rechts, statt jenes die Herrschaft beansprucht; je gehorsamer wir diesem uns ergeben, je ängstlicher wir seine Consequenzen wahren, desto mehr verstoßen wir gegen jenes, summum jus summa injuria.

Wer dies gelesen mag glauben wir führen mit vollen Segeln in den Hafen des Naturrechts, um hier wieder einmal, wie das noch vor funfzig Jahren nicht selten geschah, die unmittelbare Anwendung von Naturrechtssätzen neben oder gar anstatt der positiven Rechtssätze zu predigen. Das liegt uns fern. Es ist keineswegs meine Absicht den Grundlehren der historischen Schule, wie sie jetzt trotz manchem kleinen Widerspruch als die geltenden angenommen sind, Opposition zu machen. Ich verleugne nicht den Respect vor dem durch das Leben gewordenen positiv vorhandenen Recht. Wie gerade das Leben, die Gewohnheit die im Verkehr der Menschen miteinander sich bildet, angethan ist die Vermittelung zwischen Göttlichem und menschlichem Recht zu bewirken, und dieses nicht im

Widerspruch zu jenem und doch den mannigfaltigen Gestaltungen der äusseren Lebensverhältnisse entsprechend ebenso mannigfaltig fortzubilden, liegt nicht im Bereich dieser Untersuchungen. Aber das ist gewis, daß das Verkehrsleben diese Vermittelung auch nur für das Verkehrsrecht oder Privatrecht übernimmt, daß wo wir sonst von einem Recht reden, Staatsrecht Criminalrecht Kirchenrecht Völkerrecht, eine gleiche Vermittelung zwischen der Göttlichen Regel und der menschlichen Satzung nicht vorhanden ist. Und die menschliche Satzung selber hat ganz andere Bedeutung hier als im Privatrecht. Im Privatrecht bindet die Satzung Parteien, welche beide unter einer und derselben höheren Gewalt stehen, von der die Satzung ausgegangen ist, und die wol ein Interesse daran hat ihr Werk aufrecht zu erhalten, die aber durch die Satzung nicht selber gebunden werden, nur freie Schutzherrlichkeit üben soll. Ganz anders im Staatsrecht Criminalrecht Kirchenrecht. Die Satzung soll hier die Verhältnisse dessen, von dem sie ausgeht und der sie zu schirmen hat, zu andern ihm untergebenen regeln. Können wir hier von Parteien reden, so stehen nicht beide unter einem dritten Richter, sondern die eine ist selber Richter wie Gesetzgeber; wenn nicht etwa die Kirche über den Staat, oder der Staat über die Kirche zu Gericht sitzen soll. Noch schlimmer im Völkerrecht und im Kirchenstaatsrecht; hier stehn auf beiden Seiten Parteien die keine irdische, also auch keine menschenrichterliche Gewalt über sich anerkennen können. Daß wir von Staats r e ch t Kirchen r e ch t Völker r e ch t reden, soll nur eine Aehnlichkeit keine Gleichheit mit dem Privatrecht andeuten. Ein wirkliches Völker r e ch t gibt es bis auf den heutigen Tag sowenig wie ein Privatrecht in dem Lande, das der Gerichte ermangelnd die Entscheidung aller Streitigkeiten seiner Bürger zu kürenden Schiedsleuten oder der Faust überliesse.

Wie es gekommen daß trotz der wesentlichen Verschiedenheit

dieser sogenannten Rechte man sich gewöhnt hat dieselben für gleichartig wie Zweige eines Baumes anzunehmen, dürfte ohne auf die geschichtliche Entwickelung näher einzugehn kaum genügend erklärt werden können. Mehr zu Tage liegt warum, nachdem einmal die Wissenschaft des Privatrechts mit den andern Disciplinen zu einer Rechtswissenschaft zusammengefasst worden, diese Privatrechtswissenschaft auf die übrigen überwiegenden Einfluss gewonnen hat, und Staatsrecht Kirchenrecht Völkerrecht nach dem Vorbilde des Privatrechts sich modeln lassen mussten. Denn wo wir im Leben fertiges und werdendes, gebildetes und rohes zusammenstoßen sehn, da ist überall der Einfluss des entwickelten auf das weniger entwickelte ein durchgreifender, selbst dann wenn äusserliche Herrschaft dem unentwickelten zugefallen sein sollte. Und daß allen übrigen Disciplinen um vieles voraus die Wissenschaft des Privatrechts zuerst zu einem gewissen Abschluss gediehen, ist unbestrittene Thatsache. Der steife Formalismus, der im Privatrecht platz findet aber auch das Gebiet des Privatrechts nicht ausschliesslich beherrscht, (denn arbitri kennt schon das alte Römische Recht neben den judices, und es ist keineswegs die Tendenz der fortschreitenden Entwickelung des Privatrechts die Bedeutung des aequum et bonum und der bona fides herabzusetzen,) ist übertragen worden in die andern Rechte hinein, und weiter noch hiehin und dorthin; was im Privatrecht zum Schutz von Eigenthum und Forderungen sich bewährt hatte, das, meinte man, müsse taugen auch was sonst Menschen gut und theuer sei zu schützen. Man hielt den Formalismus und hält ihn auch heute noch häufig für das eigenste Wesen des Rechts, bezeichnet ihn darum schlechthin als Recht, und legt ihm eine Heiligkeit bei die er nirgends verdient.

Diesem Rechtsformalismus da wohin er nicht gehört, überhaupt der Uebertragung privatrechtlicher Anschauungen auf Verhältnisse die ganz anderer Natur sind, müssen wir jetzt mit Entschie-

denheit entgegentreten. Lassen wir die andern Uebergriffe des Privatrechts und seiner Verehrer bei Seite, Staatsrecht Criminalrecht Kirchenrecht und Völkerrecht müssen mehr und mehr von der historisch begründeten Gewalt des Privatrechts sich befreien, und ihre Selbständigkeit zu gewinnen trachten. Wie der Boden auf dem sie stehn, die Verhältnisse in denen sie sich bewegen andre sind als die des Privatrechts, so müssen auch ihre Früchte und Lehren andre sein; statt an Nachbildungen privatrechtlicher Consequenzen, die gestutzt und verschnitten doch nie passen wollen, sich genügen zu lassen, müssen sie ausgehn darauf eigene Resultate sich zu gewinnen, jedes nach seiner Natur sich zu entwickeln, jedes in seinem Reich selber zu herrschen. Suum cuique, jedem Inbegriff von Lebensverhältnissen soll sein Recht werden. Was die Uebung der staatlichen Strafgewalt anlangt, so widerstrebt diese vor andern dem Rechtsformalismus, der hier nur als der Schwäche der Richter wegen unentbehrlich entschuldigt werden kann. Wo er mit der ursprünglichen Göttlichen Ordnung des Strafrechts in ersichtlichen Widerspruch tritt, muss es brechen und zerfallen. Menschliche Satzung kann keine Schuld schaffen und die Strafe der Unschuld nicht gerecht machen. Es steht gleich, ob von staatswegen stillschweigend alle Ketzer verbrannt alle Glieder des Herrscherhauses geköpft werden, oder ob man erst ein Gesetz erlässt, wer dies glaubt ist des Feuers, wer von einem Capet abstammt der Guillotine schuldig, und dann dieses gemachte Recht zur Ausführung bringt.

Wollte ich von diesen Anschauungen ausgehend unser Strafrecht bearbeiten, so war das kleinste Maß der Arbeit gegeben. Ich durfte kein einzelnes Stück herausgreifen, denn es kam darauf an das einzelne als Theil eines selbständigen Ganzen erscheinen zu lassen, das doch seine rechte Form noch nicht gefunden. Dies war auch annähernd nur möglich bei einer Uebersicht über alle Haupt-

lehren, indem jede Zerstückelung durch den Schein der Willkürlichkeit die Beweiskraft vernichtet hätte. Ich musste unser ganzes Deutsches Strafrecht vielarmig wie es geworden zusammenfassen so gut dies gehn mochte, und um hiebei das Bild der Einheitlichkeit nicht zu verlieren auf den Hauptstrom zurückgehn aus dem die einzelnen Arme hervorgegangen; und bekanntlich ist auch das s. g. gemeine Deutsche Strafrecht selber schwer mit einem Blick zu übersehn. Ich musste sodann den eigentlichen Principien der staatlichen Strafgewalt nachgehn, was aus ihnen für die praktische Uebung dieser Strafgewalt sich ergebe zu entwickeln und zugleich zu ermitteln suchen wieviel von diesen Consequenzen schon in das geltende Strafrecht Aufnahme gefunden. Man mag mir erlassen aufzuzählen was weiter zu thun war oder zu thun gewesen wäre, und wird doch bald entdecken daß die Aufgabe nicht zu denen zählte, bei denen der Autor vernünftig darauf hoffen mag, das Ziel das er sich gesetzt zu erreichen. Mag man nun bei einiger geistigen Elasticität sehr geneigt sein sich mit dem magna voluisse sat est zu trösten, die Arbeit war auch sonst nicht eben erfreulich, zumal wegen der bei jedem Schritt und Tritt neu auftauchenden technischen Schwierigkeiten, die Masse des Stoffes zu bewältigen, das Ganze zu formen und abzuschliessen, dem Leser die einzelnen Details darzulegen und ihn zugleich in der Uebersicht des Zusammenhangs zu erhalten. Erquicklich war es hiebei auch andre zuweilen über die Mühseligkeiten ähnlicher Mosaikarbeiten klagen zu hören, und hieraus den Trost zu entnehmen, daß die empfundene Noth doch nicht lediglich dem eigenen Ungeschicke zu danken sei.

Die Darstellung der Zurechnungslehre ist umfänglicher geworden als ich gewünscht hätte. Nöthiges sollte nicht ungesagt bleiben, unnöthiges mitzusagen drohte minderen Schaden; so bin ich breit und wol zu breit geworden, um gewis deutlich zu sein. Bei der Lehre die den Kern der Strafwissenschaft bildet schien mir

auch ein Zuviel verzeihlich. Die Schuld fordert Strafe, wo Strafe nicht erfordert ist, ist sie nicht zulässig ja nicht möglich. Die Schuld ist das Werk des Schuldigen, nur er selber nichts ausser ihm liegendes kann ihn schuldig machen, es sind seine eigenen auf ihn als ihren Urquell zurückzuführenden Bewegungen, die ihn zur Schuld und durch die Schuld zur Strafe führen. Suum cuique, die Strafe ist gleichsam nur die letzte Erscheinungsform von dem was der Thäter sich selber erwirkt hat, was er schon hat auch bevor es so äusserlich wahrnehmbar hervortritt. Ist dieser Gedanke richtig, so musste die Entstehung der Schuld und die erste innerliche Entwickelung des Verbrechens völlig klar gezeichnet werden. Der Gedanke ist übrigens kein neugefundener; daß er doch wie in der Strafübung so in der Theorie bisher nicht die volle Herrschaft erlangt hat, mahnte zu noch größerer Sorgfalt.

Dieselben Schwierigkeiten tragen auch schuld daran daß dieser Band nicht wie versprochen früher vollendet worden ist; was sonst der Arbeit hindernd in den Weg getreten, Versetzung an eine andre Universität, Ausarbeitung neuer Vorlesungen und anderes kleinere, würde allein rasch überwunden sein. Die Nachtheile der stückweisen Publication eines Werks wie des hier begonnenen sind mir bekannt, ich weiss sie aber in diesem Falle nicht zu vermeiden. Einige Vortheile mögen dagegen in betracht kommen, die aber doch jene nicht aufwiegen können. Zu den Vortheilen rechne ich auch die Möglichkeit die Urtheile andrer vor der Vollendung des Ganzen kennen zu lernen. Die Kritik ist meinen Wünschen entgegengekommen, und hat die erste Lieferung in vielen Blättern besprochen. Ich sage ihr hiefür und für das was ich von ihr gelernt den besten Dank. Teuscht mich nicht daß was uns selber angeht uns leicht in besonderem Licht erscheint, so sind selten über ein Buch so verschiedenartige, zum Theil schnurstracks einander entgegenlaufende Ansichten geäussert worden. Ein bewährter Praktiker, von Groß,

erklärt das Unternehmen für tüchtig verdienstlich bedeutend, ein fleissiger Theoretiker, John in Königsberg, meint es sei gar nichts daran. Nicht gerade im Urtheil über den Werth des Buchs aber in den Grundanschauungen die sie selber vertreten, in ihren Ansichten über das Wesen der absoluten Straftheorie und das Verhältnis meiner Auffassung von dem Grunde des Strafrechts zu der absoluten Theorie, stehen der Recensent der Neuen Preussischen Zeitung und der der Schletterschen Jahrbücher sich nicht minder schroff gegenüber. In den Göttingischen gelehrten Anzeigen wird mir gutgläubig versichert, das Recht das ich gezeichnet sei gar nicht das gegenwärtig geltende; nach dem literarischen Centralblatt habe ich nur zu sehr dem Strudel moderner Anschauungen mich ergeben. Was ich aus alledem gelernt? daß es unmöglich allen, gefährlich einem einzelnen zu folgen, mache ich es diesem recht, so verderbe ich es mit den andern gewis; daß also nichts gerathen, als dem eigenen Gedankenbau treu zu bleiben, und alle Mühe darauf zu legen ihn folgerichtig zu vollenden. Gott wolle geben daß dies mir gelinge.

Im August 1859.

Inhalt.

Erstes Buch.

Seite

Zweites Buch.

Vom innern Thatbestande des Verbrechens.

Einleitung.

§ 1—§ 6.

Einleitung.

§ 1.

Vergleichung der geschichtlichen Entwicklung des Strafrechts mit der des Privatrechts.

Die Geschichte unseres Strafrechts erscheint dem ersten Blicke §1.
wenig verschieden von der des Privatrechts. Hier wie dort ist Römisches und Canonisches Recht auf das einheimische gepflanzt, und mit diesem allmälich fest verwachsen. Wer aber genauer zusieht, wird bald erkennen wie die innere Entwicklung des einen Rechts abweicht von der des andern.

Jus privatum ist schon den Römern ein geschlossener Begriff, ein Drittheil des

jus triplex tabulae quod ter sanxere quaternae.

Die geschichtliche Ausbildung desselben von der ältesten bis in die neueste Zeit dürfen wir als eine stetige, ruhig fortschreitende bezeichnen. Für die Jahrhunderte der Römischen Republik und die ersten Kaiserzeiten, solange die Rechtswissenschaft blühte, bedarf das keiner weiteren Ausführung. Durch die Gesetzgebung der Christlichen Kaiser sind einige gesunde Keime ertödtet, andre unheilbar schiefe in das Römische Recht gepflanzt worden. Dennoch kann man sicher nicht behaupten daß von Diocletian bis auf Justinian die Entwicklung des Rechts in einer dem früheren wider-

§ 1. strebenden Weise vorgegangen sei. An wissenschaftlichem Werthe mag das Recht, wie es in Justinians Sammlung sich darstellt, zurückstehn hinter dem der classischen Jurisprudenz, dagegen aber besitzt es größere Nutzbarkeit und Zähigkeit, es stellt geringere Ansprüche an diejenigen, die es zur Anwendung bringen sollen, und vermag darum auch Zeiten zu überdauern, in denen alle Wissenschaft erloschen ist. Nach Justinian tritt das Römische Recht gleichsam seinen Winterschlaf an. Wol wird es noch hie und da geübt, aber ohne daß diese Uebung zu irgend welchem Fortschritt führte. Die innere Entwicklung steht still für einige Zeit. Aber das Römische Recht ist wohl gerüstet eingetreten in diese Periode der Erstarrung, so daß es nachher wieder ersteht kräftiger als je zuvor.

Eigenthümlich ist die Art und Weise wie das Canonische Recht in das Römische sich einbaut und dieses den eignen Grundanschauungen gemäß zum Theil umzuformen sucht. Auf dem Gebiete des Privatrechts sind die Neuerungen des Canonischen Rechts, verglichen mit dem was ungeändert bleibt, nicht sehr erheblich. Manches, wie etwa die Behandlung der mala fides, passte ganz gut zu der bisherigen, noch besser zu der späteren Entwicklung des Römischen Rechts; andres widersprach den Anschauungen auch des neuesten Römischen Rechts. Aber gerade solche den gleichmäßigen Entwicklungsgang störende Bestimmungen des Canonischen Rechts haben meist, wie etwa das Zinsverbot, sich nicht als lebensfähig erwiesen.

Daß das Römische Recht wieder zu thätigem Leben erweckt worden, ist der Glossatoren Verdienst. Sie bildeten Männer, die nach wissenschaftlichem Recht zu erkennen vermochten, und bearbeiteten das Recht so, daß es fähig wurde Zustände zu beherrschen, die freilich weit verschieden waren von denen, in welchen es seinen Ursprung gefunden hatte. Aber diese Zustände waren von den

früheren Germanischen Verkehrsverhältnissen, welche die älteren §1.
Rechtsgewohnheiten erzeugt hatten, nicht minder verschieden.

Das Deutsche Reich des vierzehnten und funfzehnten Jahrhunderts bedurfte eines anderen Rechts, als vor den Kreuzzügen bestanden hatte. Wäre man damals in Deutschland im Stande gewesen auf Grund der alten Anschauungen ein Recht selber auszubauen, das den bunten Beziehungen eines lebendigen Handels und Verkehrs entsprochen hätte, unverzeihlich wäre es gewesen dies Vermögen nicht genutzt zu haben. Wenn aber wirklich unsere Vorfahren nicht so begabt waren aus eigner Kraft einen befriedigenden Rechtszustand herstellen zu können, so müssen wir es ihnen Dank wissen, daß sie, in richtiger Erkenntnis der eigenen Fähigkeiten, von Fremdem das beste genommen haben was zu finden war.

Durch die Reception der fremden Rechte ist allerdings die Entwicklung eines eigenthümlich Deutschen Privatrechts unterbrochen worden. Unser heutiges Privatrecht ist auch zum größeren Theil kein eigenthümlich Deutsches. Was von alten Deutschen Elementen darin enthalten ist, bei dem wird die stetige Fortbildung trotz Einführung des Römischen Rechts sich nachweisen lassen. Die Mehrzahl der Sätze unseres heutigen Rechts beruht auf Römischer Grundlage. Hier ist die Stetigkeit der Entwicklung noch leichter zu entdecken.

In Deutschland war dem Römischen Recht eine schwierige Aufgabe gestellt: nicht die Deutschen Verhältnisse umzumodeln wie sie ihm passen mochten, sondern sich selber zu schicken in die gegebenen Verhältnisse, aufzugeben was mit diesen unverträglich, und anzunehmen was in Deutschland unentbehrlich war. Diese Aufgabe konnte natürlich nicht mit einem Schlage gelöst werden. Wir sind noch immer bei der Arbeit. Aber man wird der Deutschen Wissenschaft und Praxis keine eitle Schmeichelei sagen, wenn man anerkennt wie sie langsam zwar, aber unablässig dem Ziele sich ge-

§1. nähert hat. Freilich ist von Freunden und Feinden des Römischen Rechts viel gesündigt worden. Aber gerade daß von beiden Seiten die Grenzen nicht eingehalten sind, hat der Masse des Rechtstoffes zu wohlthätiger Bewegung verholfen, Verschiedenartiges hat sich berühren, eines das andere schleifen müssen; und die Animosität der Parteien hat im Ganzen die Lust an der Arbeit nur gemehrt.

Schliesslich dürfen wir nicht übergehn, daß in neuster Zeit die beiden mächtigsten Deutschen Staaten ihr Privatrecht durch umfassende Gesetzgebung neu geformt haben. Sie haben dadurch den Zusammenhang ihrer Rechtsentwicklung mit der in den andern Deutschen Ländern gelöst und den gleichmäßigen Gang der eigenen Rechtsbildung gestört. Zwischen dem neuen und dem älteren Recht liegt eine Kluft. Nicht daß man diese beabsichtigt hätte, man hatte den besten Willen alles Alte das noch brauchbar wäre zu erhalten, und Neues nur wo es von Nothwendigkeit gefordert werde aufzunehmen. Aber man ist vom Glück nicht ausnehmend begünstigt worden, und hat auch kein überraschendes Geschick zu dem legislativen Unternehmen an den Tag gelegt, in Preussen so wenig wie in Oesterreich. So sind die Uebelstände, die an den Erlass weit greifender Gesetze sich zu knüpfen pflegen auch hier nicht ausgeblieben. Sie zu ignoriren kann nichts helfen, im Gegentheil wir müssen froh sein auf dem Wege zu immer schärferer Erkenntnis derselben uns zu befinden. Wir sehen jetzt daß die Vermittelung zwischen dem älteren und dem neueren Recht oft erheblichen Schwierigkeiten unterliegt, aber wir sehen zugleich daß diese Vermittelung dem Gedeihen des heutigen Rechts unentbehrlich, und daß sie doch auch nicht unmöglich ist. In Oesterreich wie in Preussen hat man die wissenschaftliche Bearbeitung des Gesetzesrechts mit anerkennungswerthem Eifer begonnen, und hiebei das unabweisliche Bedürfnis empfunden, das neue Recht fest an

das alte zu knüpfen. Kein Zweifel daß diese Bestrebungen wenn § 1.
auch nach langem Mühen von Erfolg gekrönt sein werden. Das Bild der Gesammtentwicklung unseres Privatrechts aber verliert den Ausdruck der Ruhe und Stetigkeit darum nicht, weil wir diese auf einem Punkt getrübt sehen, zumal wir annehmen dürfen daß die Trübung mit der Zeit weichen wird.

Wenden wir uns nun zur Geschichte des Strafrechts, so müssen wir zunächst anerkennen, daß was wir unter den Namen Strafrecht zu fassen pflegen ein moderner Begriff ist, dem wir so wenig bei den Römern als im älteren Deutschen Recht begegnen. Es fragt sich daher in welchem Sinne wir von einer Geschichte des Strafrechts reden dürfen. Wir können darunter verstehn eine Geschichte derjenigen Anschauungen, die wir als die Grundlagen des jetzigen Strafrechts erkennen. Denn diese Anschauungen selber sind nicht neu, nur daß sie in früherer Zeit nicht so ausgedehnte Geltung hatten wie heut zu Tage. Wir können aber die Geschichte des Strafrechts auch so ausweiten, daß sie die Betrachtung aller Principien umfasst, die je der Anwendung von Strafen zu Grunde gelegen haben. In diesem Falle dürfte es gerathen sein zunächst zu prüfen was der Ausdruck „Strafe" hier bezeichnen müsse. Strafen sind Uebel, die den treffen welcher Unrecht gethan hat, wegen dieses Unrechts; Uebel freilich nicht immer nach ihrem endlichen Zwecke, sondern nach dem ersten Eindruck, den sie auf den Gestraften machen. Zu genauerer Definition möchten wir etwa noch hinzuthun: daß diese Uebel von Menschen ausgehn müssen, und wenigstens nicht im Widerspruch mit dem Staatswillen vollstreckt werden dürfen. Die Geschichte des Strafrechts, in diesem Sinne erfasst, schliesst auch die Geschichte der Principien des modernen Strafrechts in sich.

Die Sprache der Römer hat keinen Ausdruck der unserm „Strafrecht" entspräche; natürliche Folge davon, daß ihnen der

§ 1. Begriff als ein einheitlicher nicht geläufig war. Was wir Römisches Strafrecht nennen könnten, erscheint uns als ein buntes Gemenge auf verschiedenartige Anschauungsweisen zurückzuführender Bestandtheile, deren jeder wieder in verschiedenen Formen sich äußern möchte. Daß es Handlungen giebt, die des Staates Ordnung verletzen, und gegen die daher der Staat zu reagiren hat, ist den Römern wohl bekannt. Der populus als Repräsentant des Staats übt in der republikanischen Zeit diese Strafgewalt anfänglich in seiner Gesammtheit; später in den quaestiones publicae ein Ausschuß statt des Volks. Daneben aber steht auch den höheren Magistraten eine gewisse Strafgewalt zu, die von den einzelnen mehr als selbständiges Recht, denn als Ausdruck des Staatswillens geübt wird. Wie seltsam diese Strafgewalt namentlich in der Hand der Censoren sich gestaltet ist hier nicht weiter auszuführen. Aber nicht blos der Staat mit seinen Repräsentanten und Organen ist berechtigt zu strafen, auch den Priestern und sogar der Familie kommt eine eigene Strafgewalt zu. So reicht das Strafrecht ebenso gut in das jus privatum und in das jus sacrum wie in das jus publicum hinein. Und doch ist das bisher betrachtete nur ein Zweig des Römischen Strafrechts, derjenige, für den die Anschauung maßgebend ist, daß in dem Verbrechen eine Verletzung der Gemeinschaft liegt die über dem Verbrecher steht, und daß durch die Strafe das Ansehn dieser Gemeinschaft dem Verbrecher gegenüber wiederhergestellt werden soll. Aber auch die andre Auffassung, daß die Strafe dem unmittelbar durch das Verbrechen Betroffenen Genugthuung zu schaffen bestimmt sei, findet sich im Römischen Recht. Sehn wir ab von den schwachen Spuren der Rache, die in der späteren Zeit noch zu finden sind, so ist es das weite Gebiet der delicta privata, das von dieser Auffassung beherrscht wird. Neben beiden Gruppen steht das sonderbare Gebilde der actiones populares, bei denen die Gemeinschaft sich als

verletzt betrachtet, aber nicht als über dem Verbrecher stehende § 1.
Macht reagirt, sondern Entschädigung sucht, ganz so wie auch Einzelne sie fordern könnten.

In der Kaiserzeit wird das Römische Strafrecht etwas vereinfacht. Die Strafgewalt der Familie und der heidnischen Priester verliert von der alten Bedeutung. Die Gewalt des Staats concentrirt sich immer mehr in der Person des Kaisers. Die Beamten üben kein eignes Recht sondern die Macht des Princeps aus. So gewinnen die Grundsätze des modernen Strafrechts größeren Einfluss, der auch in den processualischen Formen sich ausspricht, und hier mehr und mehr inquisitorische Elemente aufnimmt. Nichtsdestoweniger behalten die delicta privata ihre alte Bedeutung, und actiones populares kennt noch das Justinianische Recht. Auch daß die Anfänge der Bildung einer eigenen Strafgewalt innerhalb der Christlichen Kirche in diese Zeit gehören, ist wol zu beachten.

Das Römische Strafrecht erscheint also durchweg nicht so einheitlich zusammengeschlossen wie das jus privatum, natürlich daß eine einheitlich gleichmäßige Fortbildung des ganzen unmöglich war. Aber auch die einzelnen strafrechtlichen Institute kommen nicht zu regelrechter Entwicklung, am wenigsten diejenigen, welche auf den modernen Theorieen verwandter Grundanschauung beruhen. Viele Strafgesetze der republikanischen Zeit werden bald weit über den ursprünglichen Umfang hinaus zur Anwendung gebracht. Andre verkümmern in der Kaiserzeit; so die leges repetundarum und de ambitu. Auch den Entwicklungsgang des crimen majestatis wird man nicht als einen ruhig und gleichmäßig fortschreitenden bezeichnen wollen.

Ganz anders als das Römische sucht das Canonische Recht ein einheitliches Criminalrecht aufzustellen. Mögen die Ansichten, die in der Decretalengesetzgebung sich aussprechen vielfach abweichen

§ 1. von den Anschauungen der alten Gemeinden, als zuerst in ihnen feste Regeln über die Sittenzucht sich bildeten, wir müssen jene als wenn auch einseitige doch consequente Fortbildungen von diesen anerkennen. Das entwickelte Canonische Recht hätte gern jede Zersplitterung der Strafgewalt vermieden; dem weltlichen Arm wird davon nur soviel zugebilligt, als man ihm zuerkennen muss, will man anders nicht mit Thatsachen in unnützen Widerspruch treten. Die Gedanken, auf denen das kirchliche Strafrecht beruht, und die Energie, welche die Katholische Kirche bei Durchführung derselben bewiesen hat, verdienen die Anerkennung auch derer, die übrigens diese Bestrebungen nicht als ersprieſsliche betrachten mögen.

Gewis hat das Canonische Recht größere Bedeutung für das Criminalrecht als für das Privatrecht gehabt, aber hier die Vermittelung zwischen dem Römischen und dem neueren Strafrecht zu übernehmen war es wenig geschickt. Die Gedanken, das peccatum als Kern der ganzen Straftheorie zu betrachten, und die höchste Strafgewalt der Kirche zu übertragen, stehn der Römischen Auffassung so fern wie der unsern. Je mehr also die Canonischen Strafideen auf das geltende Strafrecht einwirkten, desto mehr musste die gleichmäßige Entwicklung desselben gestört werden.

Auch das ältere Deutsche Strafrecht, obgleich nicht so bunt wie das Römische, stellt sich nicht als Ein System dar. In dem Frieden, besonders darin daß wer den Frieden andrer bricht den eignen verwirkt, mögen wir wol der jetzigen Auffassung verwandte Elemente erkennen, wie ja auch früh schon einzelne öffentliche Strafen vorkommen. Daneben aber behauptet auch die Rache das Feld. Dieser verwandt ist die Buße, die vielfach nur die Bedeutung hat die Rache abzukaufen. Freilich ist mit Recht darauf hingewiesen, daß die Buße auch eine mehr ideale Auffassung ge-

stattet: daß in der Bußzahlung eine Anerkennung der eignen Schuld § 1.
liegt, und daß diese Demüthigung, wirklicher Strafe ähnlich, gleichsam als Tilgung der Schuld angesehen werden kann. Betrachten wir aber die sehr genauen Vorschriften der Volksrechte über die Bestimmung der Bußen, wo überall der Schaden des Verletzten, nicht die Schuld des Thäters, den Maßstab giebt, so können wir das Vorherrschen der roheren Auffassung nicht verkennen, die in dem Verbrechen nichts anderes sieht als die Kränkung von Privatinteressen. Bekannt ist wie Karl der Große und einige seiner kräftigsten Nachfolger allgemein öffentliche Strafen einzuführen suchten, aber mit geringem Erfolge. Den trostlosen Zustand des Deutschen Strafrechts im Mittelalter bekundet zumeist das Fehdewesen, das, obgleich nie eigentlich rechtlich anerkannt, darum nicht minder lustig gedieh. An eine stetige Entwicklung des Strafrechts war daneben nicht zu denken. Leicht erklärlich also, daß man damals eine Reform des Strafrechts ebenso wie die des Privatrechts nothwendig erachtete.

Die Reception auch der criminellen Lehren des Römischen und Canonischen Rechts in Deutschland erklärt sich vollkommen aus der erkannten Mangelhaftigkeit der eignen Zustände. Aber wenn auch das Bedürfnis einer Umgestaltung des Strafrechts nicht für so dringend wäre angesehen worden, die Form der Reception des corpus juris civilis und des corpus juris canonici würde die Einführung des fremden Criminalrechts doch nach sich gezogen haben. Neuerdings ist von Leist (Bonor. poss. § 172 f., Civ. Studien I § 5 u. 6) und andern die Meinung geäußert worden, es sei nicht das Justinianische Recht als ganzes, sondern nur ein Complex von Instituten des Römischen Rechts in Deutschland aufgenommen. Diese Behauptung, die auch schon Erxleben (Lehrb. d. R. R. § 43) und Brinz (Pandekten § 1) verworfen haben, ist wol nicht richtig. Mehr dürfte die entgegengesetzt extreme

§ 1. Meinung der Wahrheit sich nähern: daß nämlich überhaupt nicht sowol Römische Institute, als gerade die einzelnen Worte und Sätze des corpus juris recipirt worden seien, soweit diese übrigens von den Glossatoren anerkannt und nicht durch abweichende Vorschriften des Canonischen Rechts beseitigt waren. Man vergleiche was irgend uns erhalten ist aus den Zeiten, wo die Reception sich vollendete; niemand sieht darauf ob was er behauptet auf ein Römisches Institut sich zurückführen lasse, dessen Geltung in Deutschland er beweisen könne, sondern einfach darauf, ob eine Stelle des corpus juris die Behauptung unterstützt oder nicht. Und eben diese Auffassung findet sich in der Praxis noch viel später, ja zum Theil noch jetzt. Nur hieraus erklärt sich wie man dazu gekommen ist, so oft Römische Vorschriften auf Deutsche Institute anzuwenden, auf die sie durchaus nicht passten. Ueberhaupt soll gar nicht gesagt sein daß man am besten daran gethan habe das Römische Recht in solcher Art anzunehmen, nur daß man es gethan hat. Und einen Vorwurf dürfen wir unsern Vorfahren nicht daraus machen. Es war dies die Form der Reception, die ihren Kräften entsprach, zu eingehender wissenschaftlicher Prüfung und Sichtung des Brauchbaren und Unbrauchbaren waren sie nicht befähigt. Auch die Legalmethode des Unterrichts steht mit der Reception des corpus juris als einer großen Masse im innigen Zusammenhang. Sie gestattete wol ein Herausstoßen einzelner Stellen, nicht aber ganzer Institute.

Was an Leists Ausführungen Wahres ist, scheint auf Folgendes hinauszulaufen. Bei der Reception des Römischen Rechts war die Absicht derer, die hiebei mitwirkten, auf Annahme aller Lehren des corpus juris gerichtet. Es zeigte sich aber bald daß für die Anwendung mancher derselben, namentlich dem jus publicum angehöriger, der Stoff in Deutschland fehlte. Sie konnten nicht in das Leben treten, nicht weil man sie nicht hätte annehmen

wollen, sondern weil man keine Gelegenheit fand Gebrauch von § 1.
ihnen zu machen. Andre, die unsern Verhältnissen wenig besser entsprachen, wurden und werden zum Theil noch zur Anwendung gebracht, bis man sich auch von ihrer Unbrauchbarkeit überzeugt haben wird, und im Stande ist sie durch angemessenere neue Rechtsformen zu ersetzen. So kann man vielleicht sagen daß wir einem Zustande entgegengehn, wo nur noch gewisse Institute des Römischen Rechts Bedeutung für das praktische Recht haben werden, und die Worte des corpus juris nur gelten wenn sie auf diese Institute sich beziehen. Ob mit dieser Behauptung viel gewonnen, ob mit dem Wort „Institute" hiebei ein präciser Sinn zu verbinden ist, mag dahingestellt bleiben. Sehr wichtig aber ist das, ob man einen solchen Zustand als unmittelbares Resultat der Reception betrachtet, oder annimmt daß er erst nachdem die Reception vollendete Thatsache geworden war sich zu bilden angefangen habe. Nach der ersten Ansicht kann kein Satz des Justinianischen Rechts ohne weiteres zur Anwendung kommen, sondern nur wann bewiesen ist daß das Institut, zu dem er gehört, in Deutschland Aufnahme gefunden hat; nach der andern gilt alles was im corpus juris steht, wenn nicht die Ungültigkeit zu erweisen ist. Auch Leist erkennt dies als den Cardinalpunkt an. Wer seiner Ansicht folgt bürdet der Praxis in vielen Fällen die schwierigsten Untersuchungen auf, die doch oft ohne jedes sichere Resultat bleiben, und da zu völliger Rathlosigkeit führen müssen, wo weder die gewohnheitsrechtliche Annahme des einzelnen Römischen Satzes zu erweisen ist, noch auch eine Deutsche auf den betreffenden Fall passende Rechtsnorm aufzufinden ist. Diese praktischen Schwierigkeiten müssen auch den, der sonst Leist zuzustimmen geneigt sein möchte, abschrecken. Aber auch theoretisch ist Leists Auffassung nicht zu billigen. Ueber das Maß des Recipirten muss der Wille derer entscheiden, von denen die Reception ausgegangen ist, und dieser Wille war zweifel-

§1. los auf Reception des ganzen corpus juris, unter den allgemein anerkannten Beschränkungen, gerichtet.

Zurück zum Strafrecht. Das ältere Deutsche Recht zeigt keinen gleichmäßigen Entwicklungsgang. Die Uebelstände, die im späteren Mittelalter sich fühlbar machen, und die Art und Weise wie überhaupt Römisches und Canonisches Recht recipirt worden, bewirkten daß auch im Strafrecht fremdes auf das einheimische gesetzt wurde. Nach dem, was oben über die Ausbildung des Römischen wie des Canonischen Criminalrechts bemerkt ist, muss es durchaus erklärlich scheinen, daß ihre Verpflanzung auf Deutschen Boden nicht gleich der des Privatrechts segensreich werden konnte. Durch den bald darauf folgenden Erlass der Carolina wurde wenigstens nachtheiligen Wirkungen der Reception vorgebeugt. Die Herstellung dieses Gesetzes dürfte als der bedeutendste Fortschritt in der ganzen Entwicklung unsres Strafrechts zu betrachten sein. Fremdes und einheimisches wurde verbunden, und daraus ein Recht geschaffen, das vorzüglicher als das frühere, doch gestattete zu nutzen was in dem früheren Brauchbares enthalten gewesen war. Einem einheitlichen System des Strafrechts zu Grunde zu liegen war auch die Carolina nicht angethan; ihr ist noch der Accusationsproceß die Regel, neben dem dann auch inquisitorisches Verfahren platz findet. Die modernen Anschauungen sind offenbar noch nicht zur Herrschaft gelangt.

Die Entwicklung des Deutschen Strafrechts seit der Carolina, namentlich in den letzten Phasen ist schwer zu zeichnen. Ihre Gleichmäßigkeit und Einheitlichkeit wird niemand preisen mögen. Daß die Carolina den Richtern Freiheit gelassen, war sicher sehr weise, aber daß dann Praxis und Doctrin dem geschriebenen Recht so völlig Trotz bieten konnten, wie dies eine Zeit lang der Fall gewesen, ist keine erfreuliche Erscheinung. Wer die Gesetze und Theorieen des vorigen Jahrhunderts vergleicht, findet die schroffsten

Gegensätze. Namentlich die zweite Hälfte des genannten Jahrhunderts bringt eine Menge neuer Ideen, die bald ihren rein idealen Charakter abstreifen, in die Gestaltung des Lebens keck eingreifen, und allerlei umbilden, doch nicht immer zum Besseren. Das Strafrecht ist lange als ein besonders ergiebiger Boden für solche Experimente angesehen worden. Viele der Gedanken, die hier sich versuchten, sind bald als Irrthümer erkannt, wie z. B. die, welche dem Strafrecht des allgemeinen Preussischen Landrechts zu Grunde gelegen haben. In unserem Jahrhundert hat die Wissenschaft des Criminalrechts viel Regsamkeit entfaltet, noch mehr die Particulargesetzgebung. Wie die Früchte einst sein werden, wer kann das jetzt sagen? Zuweilen scheint es als ob das Hauptverdienst unserer Arbeit noch immer darin bestehe, Irrthümer unserer Vorgänger darzulegen und was sie versehen haben wieder gut zu machen. § 1.

---

§ 2.

Ursachen der Verschiedenheit.

Warum das Strafrecht so ganz anders als das Privatrecht sich entwickelt hat? Ueberall muss man dem Staat eine gewisse Mitwirkung bei Herstellung des Rechts zugestehn. Bei dem Privatrecht beschränkt sich diese Mitwirkung auf das Erkennen und Formen von Vorhandenem, das Strafrecht aber soll der Staat erzeugen. Wir wollen diesen Unterschied näher beleuchten.

Das Privatrecht bezieht sich auf die Handlungen des gemeinen Verkehrs. Diese Handlungen gehn aus von den Einzelnen als Privatleuten, ohne daß der Staat darum sich zu kümmern hätte. An die Handlungen knüpfen dann gewisse Folgen sich an, die wiederum regelmäßig ohne Mitwirkung des Staats eintreten

§ 2. und auch für den Staat kein unmittelbares Interesse haben. Aber es geschieht auch daß wider die Regel die erwarteten Folgen im einzelnen Falle nicht eintreten. Wer sich hierdurch benachtheiligt sieht, wendet sich an den Staat, durch dessen Vermittelung Befriedigung der Ansprüche zu bekommen, die er aus jenen vorhergegangenen Handlungen sich erwachsen glaubt. Wir pflegen den Theil der Staatsgewalt, dessen Thätigkeit so in Anspruch genommen wird, als die richterliche Gewalt zu bezeichnen. Diese hat nun zu sehn ob die behaupteten Ansprüche bestehn oder nicht. Hiebei handelt es sich einerseits um Prüfung der von dem Kläger angeführten Thatsachen, andererseits darum ob diese geeignet sind solche Ansprüche zu begründen. Um dies zu entscheiden muss der Richter den bürgerlichen Verkehr in das Auge fassen. Zeigt sich daß überall Handlungen, wie die von dem Kläger bewiesenen, Folgen nach sich ziehn, wie der Kläger sie für sich begehrt, und daß diese Folgen nicht etwa zufällig eintreten, sondern darum weil die Betheiligten von der innern Nothwendigkeit derselben überzeugt sind, so wird der Richter nicht anstehn sich für den Kläger zu entscheiden. Mit diesem Urtheil erkennt der Richter als Staatsorgan eine gewisse Rechtsnorm als vorhanden an, er spricht aus daß die von dem Kläger verlangten Folgen rechtliche, durch Staatshülfe erzwingbare seien. Und er thut dies, weil er sich überzeugt hat daß diese Norm Ausdruck des allgemeinen Volkswillens ist, der in den regelmäßig durch die betreffenden Handlungen herbeigezogenen Wirkungen sich kund giebt. Das Privatrecht läuft darauf hinaus den Einzelnen zu zwingen im Verkehr mit andern so zu handeln, wie dies der Ansicht aller, natürlich nicht ohne Ausnahme, entspricht, und wie eben darum die große Mehrzahl in gleicher Lage auch ungezwungen handeln würde. Als Producenten des Privatrechts haben wir also den übereinstimmenden Willen der Masse der Staatsangehörigen zu betrachten, wie er sich im

täglichen Leben äussert. Hier handelt der einzelne ohne Rücksicht § 2.
auf seine Stellung zum Staate, und ohne die Absicht Recht zu machen. Aber die Uebereinstimmung, die dennoch unter den entsprechenden Handlungen der einzelnen sich findet, bekundet die innere Nothwendigkeit. Diese muss der Staat schützen gegen die Willkür des einzelnen. Darum zwingt der Staat den einzelnen der Regel sich zu fügen, die er, Staat, als Ausdruck des Volkswillens anerkennt.

Die Anerkennung seitens des Staats kann in verschiedener Art erfolgen. Sie kann ausdrücklich als Gesetz ausgesprochen werden, und mag in diesem Falle leicht über den Begriff einfacher Anerkennung hinausreichen. Kann sein, daß der Volkswille gewisse Fragen, die an die Geschäfte des gewöhnlichen Verkehrs sich knüpfen, gar nicht oder nicht bestimmt genug beantwortet. Wir haben eine nothwendige Uebereinstimmung in der großen Masse der Verkehrshandlungen auch ohne zwingenden Einfluss des Staats angenommen, aber diese Uebereinstimmung im großen und ganzen schliesst eine Verschiedenheit in vielen minder wichtigen Punkten nicht aus. Auch über diese gleichförmige Gewisheit zu erlangen wird oft sehr wünschenswerth sein. Der Staat als Gesetzgeber kann hier viel leichter feste Normen aufstellen als die Masse der einzelnen, die nur unbewusst sich äussert. In solchem Falle also ist die Mitwirkung des Staats bei Bildung des Privatrechts nicht auf einfache Anerkennung beschränkt; der vorhandene Stoff wird zugleich begrenzt und geformt. Der Staat kann noch weiter gehn, er kann in Gesetzen neues Recht machen, das auf keinen Volkswillen zurückzuführen ist. Er wird dies thun wenn er in der Auffassung des Volkswillens sich teuscht, eben so wenn er diesen erkennt aber für schädlich und verderblich erachtet. In diesem letzten Falle kann es dem Gesetzgeber gelingen den Volkswillen zu belehren und für die eigenen Neubildungen zu gewinnen. Meisten-

§ 2. theils aber werden Gesetze, die über die Anerkennung und Formung des vorhandenen hinausgehen und ein neues Privatrecht schaffen wollen, sich nicht auf die Dauer behaupten können.

Der Staat braucht aber nicht immer als Gesetzgeber aufzutreten; es kann dem Richter überlassen bleiben diese staatliche Anerkennung des Privatrechts auszusprechen. Wir nennen dieses Recht Gewohnheitsrecht, weil es nur aus der Gewohnheit, aus der Uebung im Leben zu erkennen ist. Auch das Gesetzesrecht soll in der Gewohnheit seinen Ausdruck finden, aber es begreift sich leichter und sicherer aus den Gesetzesworten, als aus der Bethätigung derselben im öffentlichen Verkehr. Dem Gewohnheitsrecht fehlt die von der Anwendung gesonderte Thatsache der Anerkennung durch ausdrücklichen Staatsausspruch, der nichts bezweckt als die allgemeine Regel zu allgemeiner Kenntnis zu bringen. Die staatliche Anerkennung fehlt dem Gewohnheitsrecht nicht; sie fällt mit der Anwendung des Rechts durch den Richter zusammen, und erfolgt nicht zur allgemeinen Belehrung, sondern nur mit Rücksicht auf die eben behandelte Sache. Diese Anerkennung kann nie über den Begriff reiner Anerkennung hinauswachsen. Der Richter darf das Recht nicht formen, noch weniger neues schaffen wollen. Daher erscheint der Volkswille stets als der alleinige Producent des Gewohnheitsrechtes, während bei dem Gesetzesrecht eine Production durch den Staatswillen, wie wir gesehen, nicht unmöglich ist.

Anders entsteht das Strafrecht. Das Privatrecht findet den Stoff, den es zu regeln hat, Rechtsgeschäfte und ihre Wirkungen im Verkehrsleben vor, völlig entwickelt ohne jegliche Mitwirkung des Staates. Das Strafrecht handelt von den Verbrechen und ihren Folgen, den Strafen. Die Verbrechen kommen so gut wie die Rechtsgeschäfte im täglichen Leben vor, und es ist nicht der Einfluss des Staats, der sie hervorruft; im Gegentheil er bekämpft sie, unvermögend doch sie je ganz zu unterdrücken. Könnten wir

auch die Strafen als Privathandlungen erfassen, so wäre das Ver- §2.
hältnis des Staats zum Strafrecht seinem Verhältnisse zum Privatrecht gleich. Wir wissen, es giebt eine Auffassung des Strafrechts, die im Verbrechen nur die Kränkung des einzelnen sieht, und mit der Strafe auch nur diesem Genugthuung schaffen will. Daß wo diese Auffassung vorherrscht, das aus ihr fliessende Strafrecht bald ruhig und bequem sich entwickelt, wie das Privatrecht, ist sehr begreiflich. Ist es doch eben nur ein Arm von diesem. Kein Theil des Römischen Strafrechts ist wissenschaftlich so durchbildet wie die Lehre von den delicta privata; die Bußsatzungen der Deutschen Volksrechte sind Meisterstücke ihrer Art. Aber diese Auffassung, die Strafen zur Privatsache zu machen, entspricht dem entwickelten menschlichen Bewusstsein nicht. Die Geschichte zeigt uns daß überall bei fortschreitender Entwicklung der Völker diese Auffassung allmälich aufgegeben wird, trotz den augenscheinlichen praktischen Vortheilen, die sie bietet. Zu strafen ist ausschliesslich Sache des Staats, er kann von andern nichts darüber lernen. Mit diesem Ausspruch nehmen wir dem Staat den Anhalt den für die Gestaltung des Privatrechts das Verkehrsleben giebt, und den jene ältere Theorie in gleicher Art für das Strafrecht gewährt.

Vielleicht möchte wer so argumentiren: Die Folgen der Rechtsgeschäfte sind Privathandlungen, aus der Masse derselben abstrahirt der Staat sein Privatrecht; die Folgen der Verbrechen, die Strafen, sind Staatshandlungen, der Staat betrachte nun die Masse dieser seiner eigenen Handlungen und abstrahire daraus ebenso das Strafrecht. Gut, wenn alles, was der Staat thut, recht gethan wäre. Aber wären denn alle jene Privathandlungen, die er berücksichtigt, völlig rechtmäßige? Sicher nicht; die Privathandlungen an sich erzeugen auch das Recht nicht, sondern der Volkswille, der in der Gesammtheit derselben sich kund giebt, trotz Widerspruch im einzelnen.

§ 2. Und gehn wir noch einen Schritt weiter: warum schreiben wir dem sich unbewusst äussernden Volkswillen diese rechtsbildende Kraft zu? Weil wir annehmen daß dieser Volkswille kein andrer ist, als der Göttliche Wille. Der Volkswille ist der Wille der Menschen die das Volk bilden als einer Gesammtheit, der Natur aller einzelnen und der Natur der Gesammtheit gemäß. So wahr aber die menschliche Natur und die Bildung der Völker Ausflüsse des Göttlichen Wollens sind, so wahr muss auch was wir Volkswillen nennen Göttliches Ursprungs sein. Kein reiner Göttlicher Wille, den wir hier sehen, sondern getrübt und geschwächt durch die Gebrechlichkeit der Organe, durch die er sich äussert. Dem menschlichen Auge ist es nicht gegeben die Grenzen des Göttlichen Waltens in den Handlungen der Menschen zu entdecken; daher möchten viele den Göttlichen Einfluss, wenn nicht überall, doch hier wenigstens leugnen. Wer aber annimmt daß Göttlicher Wille die Geschichte der Menschen und also auch die einzelnen Thaten, aus denen diese Geschichte besteht, beherrscht, der muss sicher da ihn anerkennen, wo, trotz dem Widerstreben mancher, durch die unbewusste und stetige Uebereinstimmung der Handlungen der großen Mehrzahl Gewohnheit und Sitte sich bilden. Leugnen wir den Göttlichen Willen, so fehlt uns jeder innere Grund jene Uebereinstimmung zu erklären, wir betrachten dieselbe alsdann wie etwas rein zufälliges, und verzichten somit auf ein Stück unserer Erkenntnis. Wollen wir dies nicht, so müssen wir zugeben, daß wenn der Staat den Volkswillen, der in der Masse durch längere Zeit gleichmäßig behandelter Rechtsgeschäfte sich ausspricht, und der mit dem Volkswillen, den die Majorität einer Versammlung darstellt, nichts als den Namen gemein hat, anerkennt als das Privatrecht bildende Kraft, er zugleich den Göttlichen Willen als erste Grundlage dieses Rechts anerkennt.

Für das Criminalrecht aber kann dieser Volkswille sich nicht

ebenso productiv erweisen wie für das Privatrecht. Ihm fehlt §2.
wenigstens in neuerer Zeit jede Gelegenheit werkthätig sich auszusprechen; darum wird meist ein solcher Volkswille jetzt sich gar nicht bilden. Die Bestrafungen sind nach moderner Auffassung lediglich Acte der Staatsbeamten; die Masse der einzelnen Volksglieder hat nichts damit zu thun. Aber, fragen wir, sollte Göttlicher Wille nicht auch ohne das Medium des Volkswillens in den Handlungen der mit der Strafübung betrauten Staatsbeamten sich aussprechen können? An der Möglichkeit wollen wir nicht verzweifeln. Aber daß man nicht in gleicher Weise wie aus der Masse der im Verkehrsleben vorkommenden Privathandlungen, so auch aus diesen Handlungen der Staatsbeamten auf einen zu Grunde liegenden höheren Willen zurückschliessen darf, das ist doch nicht wol zu verkennen. Die Handlungen des Privatverkehrs gehn vor sich nicht im Hinblick auf die Rechtsbildung; die Betheiligten äussern sich absichtslos und unbefangen, wie sie eben durch ihre Natur und durch die sie umgebenden Verhältnisse bestimmt werden. Ist nun diese Natur, sind die Verhältnisse von Gott geordnet, so müssen auch jene unbefangenen Aeusserungen dem Göttlichen Willen entsprechen. Bei Ausübung der Strafgewalt aber ist die Thätigkeit des einzelnen Staatsbeamten keine so einfach naturgemäße. Giebt ihm das fertige Recht nicht festen Anhalt, von diesem Falle ist hier abzusehn, so ist er lediglich auf die eigne unmittelbare Erkenntnis verwiesen. Er soll handeln, für den Staat, Göttlichem Willen gemäß, und diesen Willen selber entdecken. Es genügt nicht daß er von einem dumpf empfundenen Naturtriebe sich leiten lasse, seine Aufgabe ist eine höhere; desto leichter kann er die Lösung verfehlen.

Und hieran ändert sich auch da nichts, wo die staatliche Strafgewalt nicht von Beamten sondern von der Masse der einzelnen Bürger geübt wird. Jeder einzelne übt als Strafrichter kein eignes

§ 2. Recht, sondern ein Recht der Gesammtheit aus. Und dies Recht der Gesammtheit selber ist kein unbeschränktes, im Gegentheil es ist Recht und Pflicht zugleich, jede ungehörige Rechtsübung wäre Pflichtverletzung. So kann auch der einzelne Bürger das Strafrichteramt nicht nach Belieben versehen wollen, sondern er muss in die Regeln sich schicken, die von höherer Hand geordnet sind. Diese Regeln aber sind nirgends geschrieben oder sonst sinnlich wahrnehmbar gemacht. Wie der Beamte ist jeder andre Strafrichter auf die Kraft der eigenen Erkenntnis verwiesen; kein Grund ist anzunehmen, daß wer nur von unklaren inneren Impulsen sich treiben lassen wollte, den rechten Weg finden müsste.

Angesichts der Geschichte wird man die Möglichkeit der Bildung eines Strafgewohnheitsrechts nicht in Abrede stellen. Dasselbe verhält sich aber zum gesetzlichen Strafrecht nicht ebenso wie auf dem Felde des Privatrechts Gewohnheit und Gesetz zu einander sich verhalten. Die Vorzüge der Strafgewohnheiten sind geringer. So gut wie das Gesetz kann auch das Strafgewohnheitsrecht mit dem Göttlichen Willen in Widerspruch treten, denn den Göttlichen Willen zu erkennen stehen dem Strafrichter keine andern Mittel zu Gebote, als dem Gesetzgeber; beide können dem Irrthum verfallen. Daher ist auch die weitverbreitete Meinung nicht unbegründet, daß der Erlass von Gesetzen dem Criminalrecht nützlicher sei als dem Privatrecht. Was aber insbesondre das zu unserer Zeit in Deutschland mögliche Gewohnheitsrecht angeht, so kann dies nur als das Product der Thätigkeit einer Beamtenklasse, des Richterstandes zur Erscheinung kommen. Auch hieran knüpfen sich praktisch wichtige Folgen. Vor andern daß ein derogirendes Strafgewohnheitsrecht der Regel nach nicht mehr entstehen kann. Denn daß die Beamten des Staats das bestehende Recht nicht kennen, oder wissentlich dawider verstoßen, beides läuft wider die Regel. Doch wissen wir freilich auch daß nicht selten regelwidriges

geschieht. Beiläufig noch eins. Daß die Menge der dem ge- §2.
wöhnlichen Verkehr angehörigen Handlungen stets und überall weit größer ist als die Zahl der Strafacte ist nicht zu leugnen. Wenn aber darum es sich handelt, durch Abstraction aus einzelnen Fällen Regeln zu gewinnen, so wird man desto sicherer gehn je größer die Menge der einzelnen Fälle ist, die man zu betrachten hat. Auch hiernach muss also das gewohnheitliche Privatrecht dem Strafgewohnheitsrecht gegenüber als das vorzüglichere erscheinen.

Darin sehe ich den letzten Grund der Verschiedenheiten der Geschichte des Strafrechts und des Privatrechts, daß während beide dahin streben dem Göttlichen Willen gemäß sich zu gestalten, dieses die Lösung seiner Aufgabe im Leben vor sich sieht, jenes unmittelbarer Erkenntnis bedarf um zu seinem Ziele zu gelangen; daß der Göttliche Wille, wie er das Privatrecht regelt, fast körperlich greifbar uns entgegentritt, während die Gebote für das Strafrecht nur dem Gedanken zugänglich sind. Hieran knüpft sich alles was sonst zur Erklärung der betrachteten Verschiedenheit anzuführen ist.

Der Staat ist ein Begriff. Wo wir ihn handelnd uns denken, haben wir mit den Handlungen von Menschen zu thun, die uns als die Repräsentanten oder Organe des Staats gelten. Fehlgriffe sind daher bei allen Staatshandlungen eben so möglich ja unvermeidlich wie bei den Geschäften des einzelnen. Sie werden desto häufiger sein, je schwieriger die richtige Erkenntnis ist. Wo der Göttliche Wille mit dem Volkswillen sich identificirt, und in einer Menge von menschlichen Handlungen lebendig wird, da bedarf es nur einer genauen Betrachtung dieser Handlungen und entsprechender Abstraction, um von hieraus zu richtiger Erkenntnis zu gelangen. Wo aber jener Wille nicht so verkörpert sich darstellt und auch keine Offenbarung uns zu Hülfe kommt, da ist es beson-

§ 2. derer Begabung zu danken, wenn doch die Erkenntnis des Göttlichen gelingt. Bedenken wir nun wie oft schon bei Herstellung des Privatrechts Misgriffe seitens derer die den Staat vertreten, vorkommen, so kann es nicht auffallen, daß die Gestaltung des Strafrechts selten wohl gelingt.

Zunächst also sind es Fehler der Erkenntnis, die die gleichmäßige Entwickelung des Strafrechts stören, Irrthümer derjenigen denen namens des Staates die Ausbildung dieses Zweigs des Rechts obliegt. Neben den Irrthümern aber kommen Eigennutz und Leidenschaften aller Art mit ins Spiel. Man könnte einwenden, gleiches sei ja auch bei der Civilgesetzgebung der Fall. Dabei ist aber zu beachten daß gemeiniglich dem Civilgesetzgeber viel weniger freie Hand gelassen wird, als dem der öffentliches Recht gesetzlich formt. Die Thatsache an sich ist nicht wol zu bestreiten. In alten und in neuesten Zeiten ist die Verfassung der Staaten, und damit der ganze öffentliche Rechtszustand nicht selten plötzlich völlig verkehrt worden. Ochlokratie ist mit einem Schlage an Stelle der Monarchie getreten, und eben so rasch wieder dem Absolutismus gewichen. Auf die Schwankungen des Strafrechts ist schon oben hingewiesen. Daß ähnlich durchgreifende und plötzliche Wandlungen auf dem Gebiet des Civilrechts, etwa Aufhebung des Eigenthums und des Erbrechts, oder Wiedereinführung des alten Nexum als regelmäßiger Contractsform, möglich seien, wird kein vernünftiger Mensch glauben. Eine ideale Erklärung dieses Unterschieds scheint nahe zu liegen. Der Göttliche Wille, soweit er auf das Privatrecht sich beziehe, finde seinen allen verständlichen Ausdruck im Lebensverkehr, natürlich daß wenn der Gesetzgeber gegen ihn verstoßen wollte, alle Welt diese willkürliche Abweichung von der höchsten Norm erkennen und bekämpfen würde. Ueber das öffentliche Recht spreche sich der Göttliche Wille nicht so allgemein faßlich aus, Verstöße seien hier minder ersichtlich, und

daher von weniger entschiedener Reaction gefolgt. Hoffen wir § 2.
daß die Erklärung bei einigen wenigen zutrifft. Bei der großen
Menge dürften die Ursachen der Erscheinung anders zu entwickeln sein.

Bei jeder Verfassungsform, welchen Namen sie trage, liegt die Herrschaft in den Händen weniger; nur wie diese wenigen bestimmt werden, und wie sie ihre Gewalt zu üben haben ist verschieden. Die große Majorität der Staatsangehörigen hat überall nur zu gehorchen. Diese große Majorität wird beherrscht von stumpfem Egoismus. Abgesehn von augenblicklicher Exaltation ist der Menge gleichgültig von wem sie geführt wird, und welche Formen bei der Führung zur Anwendung kommen. Nur was dem einzelnen gegeben und was von ihm gefordert wird, das kümmert ihn ernstlich. Hier findet auch die öffentliche Gesetzgebung ihre Grenze. Das volle Jahreseinkommen als Steuer auszuschreiben, wäre gerade so unmöglich wie ein Umstoßen des Privatrechts. Alle anderen Aenderungen des öffentlichen Rechts, die den einzelnen nicht unmittelbar treffen, die hält die Masse für fremde Angelegenheiten. Sie betrachtet gleichgültig was hier geschieht, ja bei vielen stellt sich wol ein gewisses philiströses Wohlbehagen ein, wenn sie das Staatsleben in wilder Erregung sehen, und doch selber in dem eigenen Kreise fein sicher und ruhig sich fühlen. So treibt sie der Kitzel zur Verwirrung der öffentlichen Angelegenheiten nach Kräften beizutragen; natürlich nur soweit dies möglich ist ohne die häusliche Ruhe zu gefährden. Aber für das Privatrecht sind die kühnen Neuerer seltner, unter denen wenigstens, die etwas zu verlieren haben. Die Bewegungen des Privatrechts betreffen gerade den Theil des Lebens, für den bei den meisten ausschliessliches Interesse vorhanden ist. Wo das mein und dein in Frage kommt, fühlt jeder sich unmittelbar berührt; von Gesetzen die hierauf sich beziehn glaubt die Masse nicht fremde Angelegenheiten behandelt,

§2. sondern die allerwichtigsten eigenen. Daher die Freiheit, die dem Gesetzgeber bei Herstellung des öffentlichen Rechts gelassen wird, und die aufmerksame Aengstlichkeit die ihn bindet, wenn er ebenso willkürlich in das Privatrecht eingreifen wollte. Unser Criminalrecht aber, soweit es auf der Auffassung beruht, daß das Verbrechen eine Verletzung der Rechtsordnung im Staate sei, ist ein Theil des öffentlichen Rechts. Unmittelbar berührt es nur die Verbrecher, und diesen wird gewöhnlich ein überwiegender Einfluss auf die Rechtsbildung nicht eingeräumt; auch pflegen die meisten derartiges nahes Interesse für das Strafrecht nicht gern ausdrücklich zu bekunden. Wenn wir dennoch gesehn haben, daß gerade denen, die Todesstrafe verwirkt hatten, gelungen ist dieselbe abzuschaffen, so ist das, Gott sei Dank, doch nur ein Ausnahmsfall. Die Menge hat im allgemeinen für das Criminalrecht nicht mehr Sinn als für das übrige öffentliche Recht. Person und Eigenthum soll der Staat schützen, wird dies annähernd erreicht, so ist es den meisten sehr gleichgültig ob übrigens die Strafgewalt angemessen gehandhabt wird. Im Gefühl der eignen Sicherheit Menschenliebe zu bewähren und von Wohlwollen für die armen guten Verbrecher überzusprudeln, gereicht manchem zu nicht geringer Befriedigung.

Beides also vereint sich. Dem Strafgesetzgeber fehlen die Schranken, die bei der Abfassung der auf das Privatrecht bezüglichen Gesetze die schlimmsten Misgriffe ausschliessen, und zugleich wird zur Herstellung des Strafrechts die schwierigere aus dem ferner liegenden zu schöpfende Erkenntnis erfordert. Willkür und Irrthum also können auf die Ausbildung des Criminalrechts mehr einwirken als auf das Privatrecht. Und noch eins tritt hinzu. Wenn der Privatgesetzgeber wider den wahren Volkswillen verstößt, an gewisse Acte Folgen anknüpft die denselben nicht entsprechen, oder die entsprechenden Folgen abschneidet, so liegt in

der Ausbildung derogirender Gewohnheiten das Heilmittel, das §2.
diese Störungen der natürlichen Entwicklung des Privatrechts beseitigt. Daß aber derogirendes Gewohnheitsrecht nur ausnahmsweise auf das Strafrecht einwirke ist schon oben angedeutet. Also Gründe genug um zu erklären warum das Criminalrecht im Lauf der Geschichte nicht so ruhig und gleichmäßig wie das Privatrecht sich fortbilden konnte.

---

§ 3.

Ursachen der Verschiedenheit. Verhältnis des Strafrechts zu den Principien der Strafgewalt.

Die Schwierigkeiten sind bisher in Betracht gezogen worden, §3.
die bei der Production des Strafrechts hervortreten. Aber auch dies muss erwogen werden, ob die Herstellung eines Strafrechts überhaupt möglich ist auf Grund der Anschauung, daß die Strafe eine Reaction des Staats sei wider die ihm durch das Verbrechen gewordene Störung. Nicht daß näher zu prüfen wäre, ob die so eben behandelten Schwierigkeiten nicht vielleicht gar unübersteiglich seien, Menschen den Göttlichen Willen unmittelbar zu erkennen überall nicht vermöchten. Wer gutes Zutrauen zu der menschlichen Kraft hegt, mag diese Fragen auf sich beruhen lassen. Von anderer Seite steigen Bedenken auf, sie fliessen aus dem Begriff des Rechts. Jedes Recht, das sich bildet, will die Zukunft beherrschen, es tritt auf als Complex von Normen, die auf zukünftige Fälle Anwendung finden sollen. Diese zukünftigen Fälle müssen also sich übersehn, ihre Folgen im voraus sich berechnen lassen. Daß dies auch bei Verbrechen möglich sei, wird ziemlich allgemein angenommen; man pflegt Strafrecht und Privatrecht zu coordiniren, wie gleichartige Begriffe. Ein wichtiger Unterschied wird

§3. dabei meist übersehn. Unbedenklich wird man als Grundregel jedes Rechts zugeben, daß gleiches gleiche und demgemäß verschiedenes verschiedene rechtliche Folgen nach sich ziehn müsse. Sehn wir ob diese Regel wie im Privatrecht so auch in unserem Criminalrecht durchzuführen ist.

Wenn ich beispielsweise den Satz aufstelle, „wer dem andern eine Summe als Darlehn gegeben, soll von diesem die gleiche Summe zu fordern haben", so wird niemand leugnen daß er aussieht wie ein Rechtssatz. Wir können ihn anwenden auf jeden einzelnen Fall der betreffenden Art, und können darum auch specieller so ihn formuliren: „hat A dem B zehn Thaler zum Darlehn gegeben, so hat A vom B gleichfalls zehn Thaler zu fordern." Versuchen wir nun ähnliche Sätze über die Behandlung der Verbrechen aufzustellen. „Wer zehn Thaler gestohlen, soll zehn Wochen im Gefängnis sitzen"; oder allgemeiner gefasst: „wer Sachen Geldes werth gestohlen, der soll für jeden Thaler Werths des gestohlenen mit einer Woche Gefängnis bestraft werden." Ferner: „wer den andern so verletzt hat, der soll mit der Strafe belegt werden; für jede Wunde von gewisser Ausdehnung mit einer bestimmten Zahl von Ruthenschlägen."

Unser Gefühl sträubt sich gegen solche Rechtssätze; gerade mit dem Recht, das wir auferbauen wollen, scheinen diese Bestimmungen unverträglich zu sein. Die Volksrechte geben für die Bußzahlungen ganz specielle Vorschriften; nicht inconsequent. Sie sehn in dem Verbrechen kaum anderes als die Verletzung des unmittelbar betroffenen, und sie messen diese nach dem äusseren Erfolge, der allein von dem betroffenen empfunden wird; darum ist der Erfolg für die Höhe der Buße maßgebend. Wo aber die andere Auffassung durchdringt, daß das Verbrechen als Verletzung der Staatsordnung von dem Staate zu ahnden sei, da kann die Schwere und also die Strafbarkeit des Verbrechens nicht einfach

nach dem äusseren Erfolge bemessen werden. Nicht in dem Erfolge besteht die strafbare Kränkung des Staats; der Wille des einzelnen hat sich aufgelehnt wider den Staat, und dieser Wille soll gebrochen werden. Die Kraft der Reaction also muss sich steigern je nach Bosheit und Energie des Willens. Bei Beurtheilung des Verbrechens müssen vor allem die innern Momente der That erwogen werden; diese innern Momente aber sind stets verschieden bei mehren Straffällen, auch wenn die Fälle äusserlich einander gleich sehn. Wollen wir auf die Berücksichtigung der inneren That nicht verzichten, so müssen wir anerkennen daß niemals zwei Verbrechen einander völlig gleich sind, so wenig wie zwei concrete Sünden. Dies führt uns auf eine wesentliche Verschiedenheit die zwischen den Verbrechen und den Rechtsgeschäften besteht: mehre äusserlich gleiche Rechtsgeschäfte gelten, wenn man besondere Ausnahmsfälle ausser Acht lässt, unserem Rechtsbewusstsein als wirklich gleiche Thatsachen; mehre verbrecherische Handlungen aber dürfen wir nie einander ganz gleich achten. § 3.

Dieser Unterschied ist zu wichtig als daß wir ihn leichtfertig annehmen dürften. Aber daß zwei Criminalstraffälle in Wirklichkeit nie dieselbe Strafe verdienen ist unleugbar. Fassen wir hier kurz zusammen was nachher (vergl. § 7 f.) ausführlich darzulegen ist. Als handlungsfähige Einheit steht der Staat über allen denen, die zu ihm gehören. Er hat die Pflicht gewisse Zwecke zu verfolgen und gebietet über alle Kräfte der einzelnen. Nicht daß der einzelne stets seine ganze Kraft für die Staatszwecke verwende, aber daß er die Kraft nie wider diese Zwecke verwende, das muss der Staat verlangen. Doch hat der einzelne die Freiheit dem Staat hierin Folge zu leisten oder nicht, die eigne Pflicht zu erfüllen oder nicht zu erfüllen. Wann der einzelne seine Kraft wissentlich und willentlich wider die Staatszwecke und wider den Staatswillen gebraucht, so misbraucht er damit eben diese Freiheit. Den Mis-

§ 3. brauch der Freiheit, die Auflehnung des Einzelwillens wider den Staatswillen darf der Staat nicht dulden, und die Strafe ist das Mittel den Einzelwillen zu brechen und die Oberherrlichkeit des Staats dem gegenüber der sich aufgelehnt hat wiederherzustellen. Je größer die Schuld ist aus der die Auflehnung hervorgeht, desto kräftiger muss der Zwang sein der ihr entgegentritt, je weiter also der Einzelwille sich entfernt und je fester er dem Staatswillen sich entgegenstellt, desto größer muss die Reaction dawider, die Strafe sein. Das sind die Principien der Strafgewalt des Staats, an die wir glauben.

Strafgewalt, Uebung der Strafgewalt ist an sich kein Strafrecht. Erst wenn feste Normen aufgestellt sind, die Uebung der Strafgewalt im voraus zu regeln, dürfen wir von einem Strafrecht reden. Aber das gerade ist die Frage, ob die Principien, auf denen nach unserer Ansicht die Strafgewalt beruht, gestatten die Uebung der Strafgewalt in rechtliche Formen zu giessen. Die steife Ordnung und Regelung hat keine selbständige Berechtigung den Principien der Strafgewalt gegenüber, sie dient nur diesen Principien Geltung zu verschaffen. Nur insoweit sie diesem Ziele sich nähert, ist sie berechtigt; sobald sich zeigte daß sie für die Durchführung der Principien von keinem Nutzen, oder gar derselben hinderlich wäre, so gäbe es keinen Grund sie aufrecht zu erhalten.

Dem Princip der Strafgewalt gemäß muss jede Handlung gestraft werden, die bekundet daß der Wille des Einzelnen dem Staatswillen sich entgegensetzt, und die Größe der Schuld aus der solche Opposition entspringt, bestimmt das Maß der Strafe. Das Strafgesetz spricht aus welche Handlungen in Zukunft als strafbare, als Verbrechen gelten, und welche Strafen dem einzelnen Verbrechen folgen sollen. Der Strafgesetzgeber kann nicht all die strafbaren Handlungen, die in der Zukunft liegen vorhersehn und namhaft machen; er muss also entweder anerkennen daß seine Auf-

zählung der Verbrechen nicht vollständig ist, oder Handlungen, §3.
die nach dem Princip der Strafgewalt strafbar sind, für straflos erklären. Weiter soll der Strafgesetzgeber Regeln für die Höhe der Strafen aufstellen. Es ist undenkbar daß die Schuld, die ein Verbrechen erzeugt, gerade ebenso groß wäre, wie die aus der ein anderes entsteht; also darf dem Princip gemäß auch nie eine Strafe ebenso schwer sein wie die andere. Aber wie kann der Strafgesetzgeber eine solche unendliche Mannigfaltigkeit der Strafen verordnen? Daß jedes absolut bestimmte Strafgesetz vom Uebel ist, liegt auf der Hand: es knüpft dieselben Folgen an ganz verschiedene Straffälle, es zwingt bei verschiedener Schuld auf gleiche Strafe zu erkennen. Das widerstrebt dem Princip der Strafgewalt augenscheinlich. Bei dem relativ bestimmten Strafgesetz treten die Uebelstände nicht so evident hervor, aber sie sind nichtsdestoweniger auch hier vorhanden. Jede Grenzbestimmung, Minimum wie Maximum, wird einmal als zu eng erscheinen. Im concreten Falle dürfte kein Richter je auf den höchsten oder niedrigsten Strafsatz erkennen, denn sicher ist doch noch eine schwerere oder leichtere Schuld denkbar, als die gerade hier zum Vorschein gekommene. Und innerhalb der gezogenen Schranken, wie kann der Richter angewiesen werden der Unendlichkeit möglicher Straffälle mit ebenso unendlich mannigfaltigen Strafsätzen zu entsprechen? Also nur ganz unbestimmte Strafgesetze scheinen mit den Principien der Strafgewalt vereinbar zu sein. Und wollte eine Gesetzgebung auch auf derartige Gesetze sich beschränken, so bleibt doch die andere schon vorher berührte Inconvenienz, daß entweder das Gesetz sich selber als in der Aufführung der möglichen Verbrechen unvollständig bekennen, oder wirkliche Verbrechen, den Principien nach strafbare Handlungen, für straflos erklären müßte.

Unsere modernen Strafgesetzbücher scheinen demnach mit den Principien arg im Widerspruch zu stehen. Zu unbestimmten Straf-

§ 3. gesetzen, wie die Carolina sie kennt, mag man nicht zurückkehren, ebenso wenig liebt man auszusprechen daß man nicht alle strafbaren Handlungen vorherzusehen vermöge; im Gegentheil sehr häufig wird ausdrücklich gesagt, daß die Reihe der strafbaren Handlungen als mit der Aufzählung des Strafgesetzes abgeschlossen anzusehen sei:

> die Begehung oder Unterlassung einer Handlung ist nur insofern strafbar als sie vorher von einem Gesetze mit Strafe bedroht ist,

oder wie derselbe Satz sonst formulirt werden mag. Daß man gerade diesen Satz so oft hoch gepriesen hat, beweist daß man bei dem Ausbau des Strafrechts um die Grundlagen, auf denen dasselbe beruht, meist wenig sich gekümmert hat. Man hat vergessen daß der Staat die Pflicht hat strafwürdiges zu strafen, und daß er von dieser Pflicht nicht mit einem Worte sich losmachen kann. Uebrigens ist nicht zu übersehn daß die angeregten Bedenken keineswegs blos gegen die Strafgesetze sprechen, sie betreffen das Criminalgewohnheitsrecht nicht minder. Auch dieses kann nicht alle Verbrechen begreifen, und nicht für alle einzelnen Straffälle je der Schuld durchaus entsprechende Strafen verordnen. Jede rechtliche Ordnung, gleichviel ob sie aus dem Gesetz oder aus den löblichen Gebräuchen fliessen mag, widerstrebt den Principien der staatlichen Strafgewalt mehr oder weniger. In tausend Fällen mag ein nicht übertrieben steifes Strafrecht die principgemäße Uebung der staatlichen Strafgewalt unterstützen und tragen, aber überall wird es auch Fälle geben, bei denen die rechtliche Normirung, mag sie gestaltet sein wie sie will, die consequente Durchführung der Principien der Strafgewalt unmöglich macht. Die beregten Uebelstände scheinen mit der rechtlichen Ordnung der Strafgewalt unlösbar verknüpft zu sein.

Aber dieselben Uebelstände werden auch bei der durch keine

Rechtsnormen geregelten Uebung der Strafgewalt bleiben. Auch § 3.
hier wird nicht jedes Verbrechen anders als jedes andere, durchaus der Schuld des Thäters entsprechend gestraft werden und manche Verletzungen der Staatsordnung werden ungeahndet ausgehen. Das ist so zweifellos, daß jede weitere Ausführung überflüssig wäre. Und daraus folgt? Sicher nicht daß wir die Uebung der staatlichen Strafgewalt darum ganz aufgeben sollen, weil wir sie im einzelnen nicht immer ihrem letzten Grunde, dem Göttlichen Willen gemäß zu handhaben vermögen. Mit gleichem Fuge möchten wir uns der Befolgung der Gebote der Christlichen Sittenlehre überhoben glauben, die wir ja auch immer und überall zu befolgen zu schwach sind. Wir dürfen das Streben nach dem Ziele, das uns gesteckt ist nicht aufgeben, wenn wir erkennen, daß wir das Ziel selber nie erreichen werden; genug für uns daß wir demselben allmälich näher kommen.

Geht man von dieser bescheidenen Auffassung aus, so werden auch die Zweifel an der Möglichkeit einer rechtlichen Ordnung der Strafgewalt schwinden. Von vornherein verzichten wir darauf die Principien der Strafgewalt vollkommen und rein zur Geltung zu bringen. Wissen wir aber daß die Durchführung uns stets nur annähernd gelingen wird, so müssen wir die Frage aufwerfen was nützlicher sein mag, die Handhabung der Strafgewalt durch feste Rechtsnormen zu bilden, oder sie frei mit vollem Vertrauen der Weisheit des einzelnen zu überlassen, der eben berufen wird für den Staat das Strafamt zu üben. Wie sehr die festen Normen hinderlich werden können und müssen ist eben entwickelt worden. Doch ist leicht zu sehn daß, wenn ohne rechtliche Grundregeln die Uebung der Strafgewalt lediglich dem Ermessen und Bedenken der einzelnen Beamten überlassen würde, an eine consequente Durchführung der Principien noch weniger zu denken wäre. Die Einflüsse, Irrthum Leidenschaft Eigennutz, die den Gesetzgeber zu

§ 3. Misgriffen drängen, sie alle wirken weit mächtiger auf den Richter ein, dem die Entscheidung nicht fernliegender und darum gleichgültiger, sondern ganz bestimmter unmittelbar ihm vor die Augen tretender, sein persönliches Interesse von dieser oder jener Seite ergreifender Fälle obliegt. Auch daß überall mehr Richter als Gesetzgeber thätig sind müßte die Zahl der Versehen mehren. Zwischen zwei Uebeln haben wir zu wählen, für das geringere uns zu entscheiden. So, als geringeres Uebel müssen wir uns gefallen lassen die regelmäßige Uebung der Strafgewalt an Rechtsregeln gebunden zu sehen.

Das Strafrecht hat man wol sonst auch für ein nothwendiges Uebel erklärt, aber meist in andrer Gedankenfolge. In der Uebung der Strafgewalt, im Strafen selber sah man das Uebel, das aber nothwendig sei um der Schlechtigkeit der Menschen willen. Durch die rechtliche Ordnung sollte dann die Strafübung eine gewisse Heiligung erhalten, nichtsdestoweniger aber das Strafrecht immer noch ein Uebel bleiben, weil das Strafen selber nichts Gutes sei. Diese Auffassung ist durchgängig falsch. Die Strafe ist wol des Uebels wegen da, aber nicht selber ein Uebel; sie ist des Uebels wegen nothwendig, aber darum kein nothwendiges Uebel. Die Strafe ist die Bekämpfung die Unterdrückung des Bösen und Schlechten, und ebendeshalb selber etwas Gutes, der Göttlichen Weltordnung entsprechendes. Aber daß der Staat sein Strafamt nicht frei übt, sondern an feste Regeln bindet, daß er hiemit darauf verzichtet die ihm gestellte Aufgabe vollständig zu lösen, daß er seinen Strafpflichten nur in beschränkter Weise nachzukommen verspricht, das ist in der That ein Uebel, doch ein nützliches und darum nicht zu meidendes Uebel; denn der Staat sieht das Unzureichende seiner Kräfte, und erkennt öffentlich an was er nicht zu ändern vermag. Wollte der Staat darauf ausgehn sein Strafamt vollkommen der idealen Aufgabe gemäß zu erfüllen, so würde er that-

sächlich weniger erreichen als jetzt, wo er der eigenen Unvollkom- § 3.
menheit wegen von vornherein sich entschliesst einen Theil der ihm übertragenen Arbeit ungethan zu lassen.

Daß Nützlichkeitsrücksichten die Quelle sind aus der das Strafrecht fliesst, konnte auch auf die geschichtliche Entwicklung desselben nicht ohne Einfluss bleiben. Nirgends tritt absolutes Recht, dem zukäme auf Erden überall gleich zu gelten, in die Wirklichkeit. Aber in den verschiedenen Privatrechten, die zur Geltung kommen, können doch mehr übereinstimmende Elemente enthalten sein, als in den einzelnen Criminalrechten. Sehn wir ab von dem was Irrthum und Willkür verderben, auch wenn die einzelnen Staaten je ihre Strafrechte so gut ausbildeten wie dies menschlichen Kräften überhaupt möglich ist, so müssten doch gar verschiedene Gestaltungen zum Vorschein kommen. Die Zwecke, welche die Staaten zu verfolgen haben sind verschiedene, ebenso die Neigungen und Leidenschaften, die zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern vornehmlich den einzelnen zur Auflehnung wider den Staatswillen treiben. Also auch ohne rechtliche Normirung müsste die Uebung der Strafgewalt nach Zeiten und Ländern verschieden sich gestalten. Bei der rechtlichen Ordnung aber ist gerade auf das augenblickliche Bedürfnis Rücksicht zu nehmen, ohne dies Bedürfnis würde man das Strafrecht gern fallen lassen. Der Wechsel der individuellen Bedürfnisse muss also in der Geschichte des Strafrechts einen Ausdruck finden.

Den Bedürfnissen des Richterstandes vor andern muss das Strafrecht zu entsprechen suchen. Je ungeschickter und unzuverlässiger die Strafrichter sind, desto mehre und steifere Regeln muss das Strafrecht enthalten, wogegen besseren Richtern freiere Ausübung der Strafgewalt zu gewähren ist. Daraus folgt daß wenn ein Volk gerade in Beziehung auf die Strafrechtspflege sich ausbildet, sein Bestreben mehr und mehr darauf gehn muss, den streng

§ 3. rechtlichen Charakter derselben abzustreifen. Parador liesse sich sagen, das Ziel der Strafrechtswissenschaft sei die Vernichtung des Strafrechts.

Vielleicht daß der Satz selber, nicht blos die paradoxe Form auf Widerspruch stoßen wird, ebenso wie die mit diesem Satze im engsten Zusammenhange stehende Behauptung, daß nur der Nützlichkeit wegen an der rechtlichen normirten Uebung der Strafgewalt festzuhalten sei. Und doch ist der Satz und durch ihn die Behauptung gerade aus den jüngsten Abschnitten der Geschichte des Strafrechts zu erweisen.

Gewis sind in neuster Zeit die öffentlichen Zustände Deutschlands, die mit der Strafrechtspflege in Beziehung stehen, merklich zum Guten fortgeschritten; nur beispielsweise erinnere ich an die Besserungen des Polizei- und Gefängniswesens, der Gerichtsverfassung, der allgemeinen Sittlichkeit. Ebenso gewis ist daß für das Criminalrecht in Deutschland erhebliche Anstrengungen gemacht sind, dies den veränderten neuen besseren Zuständen gemäß umzugestalten. Diese Anstrengungen haben wol noch nicht zu sehr vielen festen Resultaten geführt, aber was wir als sichern Gewinn betrachten dürfen, das erweist sich als Sieg der Principien der Strafgewalt über die streng formelle Gestaltung des Strafrechts. Ueberall tritt das Streben hervor, den Richter dem Gesetz gegenüber freier zu stellen, damit er im Stande sei die concrete Individualität des einzelnen Falles genügend zu berücksichtigen. So hinsichts des in den Gesetzen angeordneten Strafmaßes. Wenn auch, wie schon oben bemerkt, ganz unbestimmte Strafen noch zu kühn scheinen, so werden doch der absolut bestimmten Strafgesetze immer weniger, und bei den relativ bestimmten werden die Schranken mehr und mehr erweitert. Ebenso was die Gründe der Strafzumessung anlangt. Die älteren Deutschen Strafgesetze zählen Gründe auf, die der Richter bei Bestimmung des Strafmaßes berücksichti-

gen soll, ohne ihn übrigens zu ausschliesslicher Beachtung der auf- § 3.
gezählten Gründe zu verpflichten, wogegen die bedeutendsten unter den jüngst erschienenen Gesetzbüchern dem Richter hierin ganz freie Hand geben. Das Preussische stillschweigend, das königlich Sächsische ausdrücklich:

Art. 73: . . . hat der Richter innerhalb dieser Grenzen die Strafe für den einzelnen vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der dabei eintretenden besonderen Verhältnisse festzusetzen, welche den Schuldigen nach der besondern Beschaffenheit der zu bestrafenden Handlung und nach dem Grade der dabei gezeigten Böswilligkeit mehr oder minder strafbar darstellen.

Damit stimmt im wesentlichen auch der Bairische Entwurf von 1854 (Art. 78) überein. Ueber die Bestimmung und Behandlung von Dolus und Culpa weichen heut zu Tage noch die Ansichten der einzelnen weit von einander ab; dennoch dürfte im großen und ganzen betrachtet, in der langsamen Fortentwicklung auch dieser Begriffe dieselbe Tendenz sich zu erkennen geben. Auch die Umgestaltung des Beweises im Strafprocess steht hiemit in Verbindung. Man hat erkannt daß an sich der Staat den Unschuldigen nicht zu strafen habe, gegen den ein bestimmtes Quantum von Verdachtsgründen, directen oder indirecten, vorliege, und daß ebenso der Staat von seiner Strafpflicht dem Schuldigen gegenüber nicht durch die eigene Erklärung, nur wenn die Schuld in bestimmter Form zu seiner Kenntnis gelange strafen zu wollen, sich losmachen könne; daß vielmehr das eine wie das andre nur durch überwiegende äussere Nützlichkeit zu entschuldigen sei. Weiter hat man neuerdings eingesehn, daß die Nützlichkeit der formellen Beweistheorie nur scheinbar ist, und daß dieser Schein tieferer Einsicht in das Wesen der Strafgewalt gegenüber sich zu behaupten nicht vermag. Die formale Theorie dringt auf directen fest geord-

§ 3. neten Beweis. Bei jedem Verbrechen aber verdienen nach unseren Anschauungen die inneren Momente der That vorzügliche Berücksichtigung. Für diese inneren Momente giebt es nur ein, und zwar ein stets verdächtiges directes Beweismittel, die eigenen Aussagen des Thäters. Eine formale und doch nicht geradezu unvernünftige Theorie für den Beweis nicht blos des Daseins sondern auch der Größe der Schuld ist undenkbar. Und was kann es helfen für die Erforschung der Nebenpunkte die richterliche Thätigkeit an feste Regeln zu binden, wenn doch was die Hauptsache betrifft man sich gezwungen sieht dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu gewähren? Um dem Richter die Berücksichtigung dessen was für die Bestimmung der Strafbarkeit des einzelnen Falles von vorwiegender Bedeutung ist zu ermöglichen, musste die formale Beweistheorie aufgegeben werden.

So bestätigt die nächste Geschichte das, was wir aus dem Wesen der Strafgewalt hergeleitet hatten; wer weiter umschauen möchte, würde bald mehr Belege finden. Zwischen dem Stoff, den das Privatrecht zu bearbeiten hat, und dem, auf den das Strafrecht sich bezieht, besteht eine durchgreifende Verschiedenheit. Jener enthält wirklich gleiche Elemente, und die Mannigfaltigkeit der ungleichen ist nicht unendlich, so daß das Privatrecht ihr nicht zu entsprechen vermöchte. Der oben aufgestellte Satz, daß gleiches gleiche verschiedenes verschiedene Folgen nach sich ziehn müsse, ist auf dem Felde des Privatrechts durchzuführen. Aber unter den Verbrechen giebt es gleiche gar nicht, und die Verschiedenheiten der ungleichen sind unendlich, kein Gesetzgeber und kein Richter kann ihnen überall folgen. Dieser unendlichen Mannigfaltigkeit wegen widerstrebt der Stoff, den das Criminalrecht festen Regeln unterwerfen will, jeder bestimmten Form. Je präciser das Strafrecht seine Regeln ausbildet, desto mehr verstößt es wider die Principien, die es zur Geltung bringen soll, und je mehr diese

Principien selber Anerkennung finden, desto mehr muss wiederum § 3.
das Strafrecht von seiner rechtlichen Strenge verlieren. Das Privatrecht kann fortwachsen mit dem Gedeihen eines Volks, je besser die Richter desto besser das Recht; nicht so das Strafrecht. Die rechtliche Regelung der Strafgewalt des Staats hat selbständig keinen Werth, nur weil sie nützlich ist. Dessentwegen was wir durch sie erreichen, halten wir sie aufrecht. Sie ist nützlich wegen der Schwäche und Unzuverlässigkeit der Richter; je besser also die Richter werden, desto mehr schmilzt diese Nützlichkeit zusammen, desto mehr dürfen wir von den eigentlich rechtlichen formellen Elementen des Strafrechts über Bord werfen.

Woher es komme, daß das Material, auf welches das Privatrecht sich bezieht, so ganz anders geartet ist haben wir hier nicht zu erschöpfen. Wenn A den X und wenn B den Y verwundet, mögen die Wunden in allen Beziehungen gleich sein, vom Standpunkt des strafenden Staates ist die That des A doch immer anders zu beurtheilen als die des B; aber wenn Hinz dem Kunz und Fritz dem Franz unter übrigens gleichen Modalitäten je einer dem andern zehn Thaler geborgt haben, dann darf wer für den Staat das Privatrichteramt versieht unbedenklich beide Handlungen als rechtlich gleiche betrachten, und dieselben Folgen an die eine wie an die andre knüpfen. Hinsichts des Privatrechts könnte uns genügen daß dem wirklich so ist; wir wollen nicht lange nach dem Warum suchen.

Der Staat übt das Privatrecht zunächst nicht im eigenen Interesse aus. Daß gar keine Privatstreitigkeiten entständen oder alle entstandenen ohne seine Mitwirkung ausgeglichen würden, könnte dem Staate nur lieb sein. Wann aber der Staat richtend einschreitet, thut er das im Interesse der einzelnen, nur auf Antrag einzelner. Aufgefordert kümmert er sich allerdings um den Privatverkehr, aber ohne die Absicht ändernd auf denselben einwirken zu

§ 3. wollen. Der Staat will dazu beitragen den Verkehr seinem Wesen gemäß fortzubilden. Die Zwecke des Verkehrs sind die Zwecke der einzelnen, diese sollen auch durch das Privatrecht gefördert werden. Der Verkehr besteht vornehmlich aus den sogenannten Rechtsgeschäften, Handlungen die von Einfluss sind auf die Interessen mehrer. Selbst die praktisch wenig bedeutenden Derelictionen gewähren doch dritten die Möglichkeit leichteres Erwerbs. Die Betheiligten wollen aber bei Rechtsgeschäften nicht blos haben, sondern auch wissen was ihnen zukommt. Die Rechtsgeschäfte werden eben ihrer rechtlichen Folgen wegen vorgenommen, also müssen diese Folgen von vornherein zu übersehn sein. Daher dürfen die Folgen nie in das Unendliche sich verlieren, und müssen aus bestimmten übersichtlichen Factoren zu berechnen sein. Was in der Seele der Handelnden vorgegangen ohne einen bestimmten allgemein kenntlichen Ausdruck zu finden kann nicht berücksichtigt werden. Jeder Betheiligte verlangt vollständigen Ueberblick über das Rechtsgeschäft; deshalb darf nichts wirksam werden was nicht jeder Betheiligte sehn könnte, vorausgesetzt daß er die Augen aufmacht. So wird die Zahl der für die Beurtheilung der Rechtsgeschäfte wesentlichen Momente, innerer wie äusserer, im Interesse aller einzelnen stets auf ein fest bestimmtes Maß beschränkt. Was darüber hinaus im concreten Fall vorhanden sein mag, kann im Verkehr keine Beachtung finden, und der Privatrichter darf auch nicht darauf eingehn, schon weil seine Thätigkeit eben dem Verkehr dienen soll. Neben den Rechtsgeschäften behandelt das Privatrecht auch Rechtsverletzungen. Es betrachtet diese aber nicht sowol als Verletzungen des objectiven Rechts, denn als Störungen der dem einzelnen zuständigen Rechte. Die Wiederherstellung nicht der allgemeinen Rechtsordnung sondern des getroffenen subjectiven Rechts ist ihm nächster Zweck. So beschränkt sich die Reaction wider die Rechtsverletzung meist darauf, daß dem Verletzten soviel etwa ge-

währt werde, als er haben würde wenn die Verletzung sein Recht §3.
nicht getroffen hätte. Die größere Bosheit des Verletzenden erhöht den Anspruch des Verletzten nicht, und andererseits kann auch wer bona fide und ex justa causa gehandelt hat zur Erstattung gezwungen werden, denn der äussere Schaden der hier maßgiebt ist im einen Falle so groß wie im andern. Soviel hierüber.

---

§ 4.

Ursachen der Verschiedenheit. Einfluss der Wissenschaft.

Zu den schon ermittelten Ursachen der von dem Privatrechte §4.
abweichenden Entwicklung des Strafrechts tritt noch eine, die mit den andern eng zusammenhängt. Des Privatrechts hat sich verhältnismäßig frühe die Wissenschaft angenommen, sie ist mit ihm zur Ruhe gegangen, aber auch mit ihm wiedererstanden; richtiger die Wiederbelebung des Rechts ist gerade von der Wissenschaft ausgegangen. Seitdem hat das Privatrecht, wenn auch nicht ganz ohne Unterbrechung, förderlicher wissenschaftlicher Bearbeitung sich zu erfreuen gehabt. Daß aber die Wissenschaft zu allen Zeiten, wo sie Macht gehabt, darauf eingewirkt hat die Fortbildung des Rechts zu einer gleichmäßigen und stetigen zu machen, bedarf keines Beweises.

Das Criminalrecht ist nicht in gleicher Weise von der Wissenschaft gepflegt worden, am wenigsten die Zweige desselben, die aus den unsrigen ähnlichen Anschauungen hervorgewachsen sind. Wenn von den Werken der Römischen Jurisprudenz nur die im achtundvierzigsten Buch der Pandekten gesammelten Trümmer erhalten wären, schwerlich würden wir im Stande sein ein Bild von der Großartigkeit der alten Rechtswissenschaft uns zu machen. Die Carolina ist zumal darum ein vortreffliches Gesetz, weil sie der

§ 4. Weiterentwicklung des Rechts nicht hemmend entgegentritt, vielmehr diese als nothwendig erkennt und die Wissenschaft zu der Fortbildung mitzuwirken auffordert. Seit der Carolina bis gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts ist die Entwicklung des gemeinen Deutschen Strafrechts vornehmlich von der Wissenschaft ausgegangen, freilich von einer überwiegend praktischen Wissenschaft, die auch zwischen Strafrecht und Privatrecht nicht scharf unterschied. Ebendeshalb scheint es hätte sie auf das eine ganz so gut wie auf das andre einwirken können. Ich bin keineswegs gewillt den Lobredner der älteren gemeinrechtlichen auf das Privatrecht bezüglichen Doctrin zu machen; aber des völlig unbrauchbaren hat sie doch nur wenig geliefert, wir können auf dem von ihr gelegten Grunde fortbauen, und haben davon nur einzelnes als ganz unhaltbar aufzugeben. Anders hat die gemeinrechtliche Wissenschaft auf das Criminalrecht gewirkt. Hier hat in der großen Mehrzahl Deutscher Länder die Ueberzeugung die Oberhand gewonnen, daß das alte Recht, wie Praxis und Doctrin dasselbe ausgebildet hatten, durchaus nicht mehr zu gebrauchen sei und daher sind durchgreifende Neuerungen vorgenommen worden.

Betrachten wir die neuste Phase der Geschichte der Strafrechtswissenschaft. Das Criminalrecht ist jetzt von den andern Rechtsdisciplinen unterschieden und selbständig für sich bearbeitet worden. Welche Früchte hat diese Arbeit gebracht? Mich dünkt wir haben Ursach noch recht sehr bescheiden zu sein; doch weiss ich daß andre anders hierüber denken (so z. B. Wächter in Schletters Jahrb. I. S. 105 f.; dagegen vergl. aber auch John in Goltdammers Arch. III. S. 501). Wer von uns Recht hat, das lässt sich nicht mit wenigen Worten entscheiden, im Verlauf dieser Abhandlungen werden wir auf die Frage wieder und wieder zurückzukommen haben. Hier nur einzelnes.

Unstreitig gehört Feuerbach zu den glänzendsten Namen

unter den Criminalisten dieses Jahrhunderts; kein andrer hat so §4.
umfassenden Einfluss auf seine Zeit geübt. Und man darf den Einfluss nicht als ganz unberechtigt betrachten, Feuerbachs geistige Kraft in Abrede stellen. Doch von dem vielen neuen, das er aufgestellt und mit Anstrengung seiner ganzen Kraft vertheidigt hat, wie weniges hat sich behaupten können! Alle wichtigsten Sätze Feuerbachs galten wenige Jahre nach dem Tode ihres Urhebers als Irrlehren. Wenn wir uns aber jetzt berühmen mögen diese Irrlehren als solche ergründet zu haben, welche Garantie haben wir, daß unsere neuen Constructionen dauerhafter sein werden als die Feuerbachs?

In den letzten zwanzig Jahren ist nur ein das ganze Strafrecht umfassendes Werk begonnen worden, das mehr sein wollte als blos ein Lehr- oder Handbuch, Köstlins System. Nach dem Umfange, zu dem es berechnet war, und nach dem Fleiß, den der Verfasser auf die Vorbereitungen verwandt hatte, ist es mit nicht geringen Ansprüchen vor die Oeffentlichkeit getreten. Aber dieser stolze Bau, soviel brauchbares Material er in sich aufgenommen hat, ist doch auch hinfällig, das eigentlich systematische Gerippe, das ihn zu tragen bestimmt war, ist morsch gewesen von Anfang an. Daß umfängliche Werke die Wissenschaft, mit der sie sich beschäftigen, wenig fördern ist eine so gewöhnliche Erscheinung, daß man daraus noch nicht auf das schlechte Gedeihen der Wissenschaft selber schliessen darf. Der vorliegende Fall aber ist bedenklicher. Die Entwicklung des Strafrechts im „System" besteht zum guten Theil aus einer Ueberarbeitung Hegelscher Gedanken und ist mit wenig Unterschied schon zehn Jahr früher von Köstlin selber in der „Neuen Revision" vorgetragen worden. Die Kritik hatte also vollständig Zeit von dem Werth oder Unwerth sich zu überzeugen. Daß die schlecht begründeten und leicht gewagten Constructionen der „Neuen Revision" nicht entschiedener verworfen sind, daß das

§4. „System" bei seinem Erscheinen von einigen als Epoche machendes Werk begrüßt worden, das ist wol geeignet allzu sanguinischen Auffassungen des gegenwärtigen Zustandes unserer Wissenschaft zu begegnen. Offenbar fehlt uns noch die feste ebene Grundlage, auf der was schiefes auferbaut wird sofort als schief erscheinen muss. Der Mangel fester unleugbarer und daher allgemein angenommener Grundprincipien tritt aber auch dann deutlich hervor, wenn man einen Blick auf die bunte Systematik auch der besten unserer criminalistischen Handbücher wirft: der allgemeine Theil so gut wie der specielle entbehrt jeder festen Gliederung.

Suchen wir aber warum im Laufe der Geschichte die Wissenschaft des Strafrechts nicht gleiche Wirksamkeit erlangt hat wie die Wissenschaft des Privatrechts, und warum auch heute noch jene nicht zu demselben Grade der Reife gediehen ist wie diese, so dürften zunächst äusserliche Gründe sich zeigen. Auf die Ausbildung des Strafrechts kann Willkür mächtiger einwirken als auf das Privatrecht; es scheint daß diese Willkür zu Zeiten gesucht hat die Wissenschaft dem Strafrecht fernzuhalten, um durch die Wissenschaft nichts von der eigenen Macht und Freiheit zu verlieren. Und wieder hatte diese Wissenschaft selber nicht eben Lust mit dem Criminalrecht sich zu befassen, wenn sie sehn musste, daß was irgend sie nützliches schaffen möchte, ohne weiteres von der Willkür umgestoßen werden könnte.

Dazu kommt daß die Strafrechtswissenschaft verhältnismäßig eine junge Wissenschaft ist. Und daß sie dies ist, hat auch nicht der Zufall bewirkt. Die Rechtswissenschaft bedarf stets der realen Grundlage. Wir sollen wol den inneren Zusammenhang, die Gedanken die im vorhandenen Rechte liegen, zu erfassen, aber nicht aus unserem subjectiven Denken und Fühlen das Recht zu erbauen trachten, »non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.« Auch dem Strafrecht darf man nicht Gedanken, die

darin nicht enthalten sind, unterschieben wollen. Zu der An- § 4.
schauung aber, daß das Verbrechen nicht das sei was zunächst es zu sein scheint, eine Verletzung des unmittelbar Betroffenen, sondern daß es eine Störung der unsichtbaren Rechtsordnung ist und als solche behandelt werden muss, vermag kein rohes Volk sich zu erheben. Einzelne mögen dies frühzeitig erkennen und dahin streben, da die Anschauung in einigen Bestimmungen Ausdruck findet, aber das ganze Strafrecht aus diesem Principe zu entwickeln, das setzt einen fest geordneten Staatskörper und weit vorgeschrittene Bildung seiner Glieder voraus. Die Strafrechtswissenschaft, sagten wir, solle das geltende Recht im Auge haben; und wenn also dieses, das geltende Recht, die gedachte Anschauung nicht so bald sich anzueignen vermochte, so ist es erklärlich daß auch die Wissenschaft nicht früher schon im Stande war jene Anschauung für sich nutzbar zu machen. Aber nur wer das Verbrechen als Verletzung der staatlichen Ordnung, die Strafe als Wiederherstellung der Oberherrlichkeit des Staats erfasst, vermag das Criminalrecht consequent und ohne Beimischung fremder anderen Rechtsdisciplinen zugehöriger Elemente auszuarbeiten. Mit dem Strafrecht also konnte auch die Strafrechtswissenschaft erst spät zu selbständiger und naturgemäßer Entwicklung kommen; und es ist leicht zu sehn daß diese auf wahre Erkenntnis gestützte Strafrechtswissenschaft von den ältern auf unhaltbarer Basis fußenden Straftheorieen nicht viel lernen konnte.

Erst seit dem vorigen Jahrhundert haben wir angefangen klarer zu sehn über die Strafrechtswissenschaft. Die Lösung der ihr gestellten Aufgaben besitzt eigenthümliche Schwierigkeiten. Für die wissenschaftliche Behandlung des Privatrechts giebt die Erkenntnis des Gewohnheitsrechts und die durch dieses bedingte Entwicklung des Privatrechts als eines lebendigen Organismus die breite und sichere Grundlage von der unsere Arbeit auszugehn

§ 4. hat. Das lebendige und darum regelmäßige Fortwachsen des mächtigen Rechtskörpers verleiht auch scheinbar kleinlichen Untersuchungen größten Reiz. Wir betrachten irgend welche entlegene Entwicklung eines kleinen Rechtselementes, wir sehn bei demselben vielleicht nur kleine Aenderungen, aber diese Aenderungen dürfen uns nicht als zufällige gelten. Das gerade ist das Maß unserer Erkenntnis: erst wann wir die Nothwendigkeit der Entwicklung einsehn, haben wir dies Stückchen Rechtsgeschichte begriffen. Und mag das Stückchen noch so klein sein, ist unsere Erkenntnis die wahre, so kann uns nicht verborgen bleiben, wie das von uns betrachtete Rechtselement mit andern, mit den mächtigsten entscheidenden Rechtssätzen in Verbindung steht. Neben dem systematischen erschliesst sich uns auch der historische Zusammenhang. Der kleine Rechtssatz, dessen Entwicklung vor tausend Jahren wir verfolgt haben, ist wol noch immer nicht erstorben, verkannt und verworfen vielleicht hat er doch zu leben nicht aufgehört, er hat sich umgestaltet, mit den Verhältnissen andere Formen angenommen, und wirkt wenn auch von vielen unbemerkt einschneidend auf die gegenwärtigen Rechtszustände. — Oder wir interpretiren ein schlecht gefasstes Gesetz. Auch wol trockene Arbeit, stände nicht neben dem Buchstaben ein lebendiges Recht. Wir versetzen uns an Stelle des Gesetzgebers, schauen uns um in den Rechtsverhältnissen, die er ordnen wollte; was wollte er, was musste er sagen wollen? Und wie lauten nun die Worte? Dies und jenes liesse sich herauslesen, aber wenn wir alles zusammenfassen, nachdenken wie der Gesetzgeber vor uns denken musste, so sehn wir daß er nur diesen Gedanken in jene Worte konnte legen wollen. Durchdrungen von der innern Nothwendigkeit der Rechtsfortbildung vermögen wir in uns die gesetzgeberische Thätigkeit zu reproduciren; und sind wir recht achtsam, so werden wir auch was den Gesetzgeber zu dem bedenklichen Ausdruck bestimmte erkennen. Zugleich suchen wir uns klar

darüber zu werden wie das einzelne von uns betrachtete Gesetz zu §4.
der Rechtsentwicklung im ganzen sich verhält. Wir freuen uns wenn wir sehn daß der Gesetzgeber das Ziel der Bewegung richtig erkannt hat, vielleicht daß wir erst aus dem Gesetz ersehn was uns selber bisher unentdeckt geblieben war. Will es uns aber bedünken das Gesetz stehe mit der nothwendigen Entwicklung des Rechts im Widerspruch, so dürfen wir darum dasselbe nicht ausser Acht lassen. Unsere Arbeit wird nun eine andere nicht minder interessante; wir prüfen wie das Verkehrsleben zu dem Gesetz sich verhält, folgt es oder widerstrebt es? bilden sich Gewohnheiten die das Gesetz zu beseitigen oder doch unschädlich zu machen suchen? können wir selber durch unsere Auslegung die nothwendige Entwicklung unterstützen? Der Justinianische Codex enthält genug der Gesetze dieser Art, die erst durch langjährige Arbeit mit dem Rechtsleben versöhnt werden konnten. Ein Preusse aber möchte hiebei zunächst an sein Allgemeines Landrecht denken, wo auch aus unklar gedachten und schlecht gefassten Paragraphen von tüchtigen Richtern schon brauchbares Recht herausgelesen ist, das aber doch noch immer viel scheinbar unverdauliches enthält. Man mag das Volk bedauern dem solches Recht aufgezwängt ist, aber dem Juristen gewährt die Behandlung auch des misrathenen Civilgesetzes mannigfaltige Genüsse.

Das Strafrecht, wie wir gesehn, beruht nicht gleich dem Privatrecht auf productiver Gewohnheit. Darum ist seine Geschichte keine stetige gleichmäßig fortschreitende, und eben deshalb haben geschichtliche Untersuchungen hier nicht gleichen Reiz wie bei dem Privatrecht. Hier handelt es sich nicht immer um die Auffindung innerer Nothwendigkeit, wir stoßen auf vieles das die Willkür oder der Irrthum einzelner in das Leben gerufen haben. Vielleicht ist es ein Product eigennütziger Berechnung oder nicht zutreffender Speculation, das wir eben ins Auge fassen. Auch aus der ge-

§4. schichtlichen Fortbildung und aus dem Untergehn können wir die Berechtigung oder Nichtberechtigung des betrachteten nicht sicher folgern; denn Irrthum und Willkür können vernichten, so gut wie schaffen. Weil der innere Zusammenhang fehlt werden wir gezwungen mehr mit Einzelheiten als solchen uns zu beschäftigen, unverbunden mit dem früheren, einflusslos auf das spätere. Daß diese uns nicht fesseln können wie die eng zusammenhängenden Details der Geschichte des Privatrechts ist sehr natürlich. Aber auch die Thätigkeit der Gesetzesinterpretation ist von geringerem Interesse bei dem Strafrecht; wieder zunächst darum weil wir hier eher auf das Gesetz selber uns zu beschränken, einen nothwendigen Zusammenhang mit dem ganzen nicht vorauszusetzen und also auch nicht immer zu ergründen haben. Möglich daß der Strafgesetzgeber alle ferneren Beziehungen ignorirt und aus irgend einem speciellen Motive gehandelt hat. Dem Criminalrecht fehlt mit den derogirenden Gewohnheiten auch das Mittel von solchen der Laune entsprossenen Zuthaten sich leicht zu befreien.

Sehn wir aber daß beides, das Verfolgen der geschichtlichen Entwicklung und die Betrachtung der einzelnen Rechtssatzungen, der Wissenschaft des Privatrechts anziehender erscheinen und größeren Nutzen gewähren muss als der Strafrechtswissenschaft, diese also sicher ihre Thätigkeit nicht hierauf zu beschränken hat, so mag man wol zu der Frage sich gedrängt fühlen, was denn eigentlich die Aufgaben seien, welche die Strafrechtswissenschaft, insbesondere die heutige Deutsche Strafrechtswissenschaft, zu lösen habe. Wenn ich aber vorher ausführte daß unsere Strafrechtswissenschaft mir noch nicht recht reif und durchsichtig geworden zu sein scheine, so liegt darin daß ich ihr auch völlige Klarheit über die Bestimmung und Begrenzung der von ihr zu lösenden Aufgaben abspreche. Lächerliche Ueberhebung wäre es zu glauben der einzelne vermöchte die Zielpunkte scharf zu erkennen, die alle andere

durch den Nebel nur zu ahnen vermögen. Nur einzelnes bekanntes, §4.
und wie mir däucht gewisses, will ich zusammenstellen.

So gut wie die Herstellung eines Criminalrechts, ist auch eine Criminalrechtswissenschaft möglich; die Herstellung eines zwar nicht vollkommenen aber doch den billig zu stellenden Ansprüchen auch nicht nur genügenden Criminalrechts, ist ohne Wissenschaftliche Arbeit unmöglich. Wie das Privatrecht vom Strafrecht wesentlich verschieden ist und auf ganz andern Grundlagen beruht als dieses, ebenso ist auch die Strafrechtswissenschaft von der Wissenschaft des Privatrechts wesentlich und principiell verschieden, und die Aufgaben, die beide zu lösen haben, sind nur zum Theil einander ähnlich, zum Theil ganz heterogen. Hiefür beiläufig nur einen Beleg. Criminalphilosophische und Criminalpolitische Ausführungen haben auf die Gestaltung des geltenden Strafrechts, gerade seit der Zeit wo die Strafrechtswissenschaft als eigene Disciplin gepflegt wurde, vielen Einfluss geübt, mehr als je philosophische Speculationen und politische Reflexionen auf das Privatrecht. Wir könnten nun freilich diesen Einwirkungen auch auf das Criminalrecht alle Berechtigung absprechen, die geschichtliche Thatsache allein beweist hier die innere Nothwendigkeit nicht. Wenn wir uns aber erinnern wie vorher das Criminalrecht uns erschienen ist, als feste Ordnung von Principien, die nur der Speculation zugänglich sind, und die solcher festen Ordnung zwar an sich zu widerstreben scheinen, die aber dennoch aus Nützlichkeitsrücksichten in diese festen Formen gezwängt werden müssen, so werden wir keinen Grund haben jene Berechtigung in Abrede zu stellen. Im Gegentheil wir müssen Criminalphilosophie und Criminalpolitik als unentbehrliche Theile der Criminalrechtswissenschaft im weitesten Sinne gelten lassen, obgleich die Wissenschaft des Privatrechts ohne ähnliche philosophische und politische Hülfsdisciplinen auszukommen vermag.

§4. Daß wir aber der Strafrechtswissenschaft bedürfen und gleichwol diese Wissenschaft nicht gleich der des Privatrechts gefördert haben, ja noch nicht einmal zu sicherem Verständnis ihrer Aufgaben gelangt sind, das liegt nicht etwa an den schwachen Kräften derer, die in der Wissenschaft gearbeitet haben, sondern einmal an der Jugend der Wissenschaft, dann an der Schwierigkeit und Unzugänglichkeit der Aufgaben selber. Für die kurze Zeit der Arbeit ist verhältnismäßig viel geleistet, aber da wir doch noch bei den Anfängen stehn, so ist unsere Arbeit auch nur Anfängerarbeit. Illusionen hierüber sich hinzugeben kann nur schaden: wir würden bei dem unfertigen rohen bleiben wollen, während uns die Kraft gegeben ist zum besseren uns durchzuringen. Wer sich nicht an erträumtem Gut will genügen lassen, mag sich hüten über dem Traum der Arbeit zu vergessen.

---

§ 5.

Ueber die Aufgaben der gegenwärtigen Deutschen Strafrechtswissenschaft.

§5. Wenn schon im allgemeinen es nicht leicht ist anzugeben worauf die Wissenschaft des Criminalrechts ausgehn müsse, und welche Arbeiten sie zuerst vorzunehmen habe, so mehren sich diese Schwierigkeiten wenn man speciell die Aufgabe der heutigen Deutschen Wissenschaft zu bestimmen sucht. Die Schwierigkeiten fliessen hier aus den eigenthümlichen politischen und rechtlichen Zuständen Deutschlands in der Gegenwart. Haben wir noch ein Deutsches Strafrecht, oder nur Particularrechte der Deutschen Einzelstaaten? und wenn dies zweite der Fall wäre, welches Recht soll die Deutsche Wissenschaft behandeln?

In Wächters Abhandlung „Gemeines Recht Deutschlands"

(Leipzig 1844) ist viel verdienstliches enthalten, einzelnes das §5.
zweifellos richtig ist. Daß ich zu dem richtigen nicht die Ausführungen über das gemeine Privatrecht zähle habe ich schon an anderem Orte ausgesprochen (Jahrbuch für das gemeine Deutsche Recht I. S. 2 f.). Wächter bestreitet daß nach Aufhebung des Deutschen Reichs ein gemeines Deutsches Recht von praktischer Geltung existiren könne. Gemeines Deutsches Recht sei für uns nur von historischer Bedeutung, dem Deutschen Recht fehle seit 1806 die staatsrechtliche Einheit, darum sei das geltende Recht wenn auch noch materiell übereinstimmend, doch kein formell gemeines. Was das Deutsche Privatrecht anlangt, so steht Wächters Meinung vereinzelt da, Doctrin, Praxis, Bundes- und Particulargesetzgebung (s. z. B. das Braunschweigische Landes-Grundgesetz § 205) haben übereinstimmend die Fortdauer eines gemeinen Rechts auch nach dem Fall des Reiches angenommen. Wächters Ansicht scheint die consequente Folge einer etwas einseitigen Auffassung der Entstehung des Rechts zu sein, daß nämlich das Recht überall nicht nur im Staat existire, sondern auch vom Staate geschaffen werde.

Anders als das Privatrecht liegt das Deutsche Strafrecht. Durch Aufhebung des Reichsverbandes ist den einzelnen Deutschen Staaten die rechtliche Befugnis gewährt worden nach Belieben aus der Gemeinsamkeit des Rechts mit den übrigen auszuscheiden. Für das Privatrecht haben die Staaten mit Ausnahme von Preussen und Oesterreich von dieser Befugnis noch keinen Gebrauch gemacht, wol aber für das Strafrecht. Seit der Zeit da Wächter schrieb ist das alte gemeine Recht auf noch kleineres Gebiet beschränkt worden. Ueber die ihm gesteckten engen Grenzen hinaus hat es nicht mehr praktische Bedeutung als irgend ein Particulargesetz ausserhalb des Landes, für das es erlassen ist. An die Stelle des alten gemeinen Rechts ist kein neues von gleicher Bedeutung ge-

§ 5. treten. Es ist unzulässig aus den einzelnen neuen Gesetzgebungen gleichsam ein mittleres Durchschnittsrecht zu abstrahiren, und demselben zwingende Kraft beizulegen in Fällen, wo die Particularrechte uns im Stiche lassen. Wir haben zur Zeit kein in Deutschland wenn auch nur subsidiär doch allgemein geltendes Strafrecht.

Die Folgerungen aber, die Wächter aus diesen richtigen Prämissen zieht, sind nicht zuzugeben. Abgesehn von historischen und andern Vorarbeiten solle die Wissenschaft nicht das Deutsche Recht sondern das Particularrecht bearbeiten, auch nicht alle Particularrechte zusammen, sondern je eins, höchstens zwei zugleich. Das mag für den Universitätsunterricht ausreichen, soll die Wissenschaft aber über diesen hinausgreifen, so dürfen wir sie nicht also beschränken. Wächter ist gewis kein Feind der Wissenschaft, nachdrücklich spricht er für ihre Pflege, und doch könnten und wollten wir ihm folgen, die Wissenschaft würde darüber zu Grunde gehn. Wird jeder einzelne auf die Bearbeitung nur eines Rechtes gewiesen, natürlich des Rechts des Landes dem er eben angehört, so bedürften wir in Deutschen Ländern statt einer Strafrechtswissenschaft, zum mindesten deren zwölfe; kein Zweifel daß der Deutsche Boden nicht reich genug ist soviel zu nähren. Kaum daß Oesterreich und Preussen je eine eigene Rechtswissenschaft zu erhalten vermögen, Baiern, Sachsen, Würtemberg und all die andern Deutschen Staaten sind zweifellos zu klein und mittellos dazu. Hätten wir keine Deutsche Rechtswissenschaft, so könnten wir in Deutschland überhaupt keine Rechtswissenschaft haben, und eine Deutsche Rechtswissenschaft kann nur bestehn wenn auch in den verschiedenen Theilen Deutschlands der Wissenschaft gemeinsame praktische Aufgaben gestellt sind. Denn die Jurisprudenz ist eine praktische Wissenschaft, sie will heraus aus der Studirstube, ihr genügt nicht an Resultaten die blos Gelehrte zu erfreuen vermögen, was sie gewinnt soll dem ganzen Volke zu gute kommen.

Wenn also Wächter richtiges behauptete, dem in Deutsch- §5.
land geltenden Rechte jede Gemeinsamkeit abzusprechen wäre, und also der Deutschen Wissenschaft das Object gemeinsamer praktischer Arbeit fehlte, so wäre dies sicher sehr bedauerlich. Hiemit ist aber nicht erwiesen daß dem nicht wirklich so sei. Vielleicht besteht der traurige Zustand in der That: wir haben kein Deutsches Recht, nur Badisches, Hessisches, Braunschweigisches, Sächsisches u. s. w. Strafrecht; die sämmtlichen Deutschen Strafgesetze zusammenzufassen ist ebenso willkürlich, als wenn wir in einem Werke Preussisches, Spanisches, Thüringisches, Französisches, Hannoversches Strafrecht zusammen bearbeiten wollten; wir haben zur Zeit keine Deutsche Strafrechtswissenschaft, nur vereinzelte Wissenschaften in den einzelnen Ländern, die nicht mehr werth sind als was solche Particularwissenschaften überhaupt werth sein können. Diesen trostlosen Annahmen, zunächst der letzten tritt vor allem andern die Erfahrung entgegen. Wir haben noch immer eine Deutsche Strafrechtswissenschaft, und wenn wir auch ihre Leistungen nicht überschätzen wollen, es ist doch immer noch beträchtlich mehr als was von wissenschaftlicher Arbeit die an Particularrechte sich angeknüpft hat bisher ausgegangen ist. Ich will niemandem zu nahe treten, auch für einzelne Particularrechte ist einzelnes aller Anerkennung werthes gethan, noch weniger möchte ich sagen daß die Particularrechte der besonderen wissenschaftlichen Behandlung entbehren könnten, nur die gemeinsame Deutsche Wissenschaft will ich trotz allem Particularismus aufrecht erhalten wissen, und behaupte daß diese Deutsche Wissenschaft auch jetzt noch allgemein Deutsches, nicht blos particulares, Recht zu betrachten und zu pflegen hat.

Unser gegenwärtiger Rechtszustand ist in gewisser Hinsicht besser als er scheinen mag, und die particularistische Zersplitterung nicht so groß und nicht so beklagenswerth wie sie vielfach geschildert worden ist. Für große Länder- und Volksmassen ist Einheit

§ 5. des Rechts an sich kein Glück, nur dann wenn sie auf einer entsprechenden Uebereinstimmung der Sitten und Verkehrsbeziehungen, überhaupt aller die Beschaffenheit des Rechts bedingenden Lebensverhältnisse beruht. In einem Lande so groß wie Deutschland können einige dieser Verhältnisse wol überall gleichmäßig ausgebildet sein, daher es zu wünschen ist daß demgemäß gewisse Grundregeln ebenso allgemein Anerkennung finden. Andererseits aber müssen auch sehr wesentliche Verschiedenheiten bestehn, gewisse Strafen haben andere Bedeutung auf dem Lande als in der Stadt, manche Verbrechen sind bei rein Deutschen Stämmen anders als bei einer mit Slavischen Elementen untermischten Bevölkerung zu beurtheilen; und auch diesen Verschiedenheiten soll das Recht sich anpassen. Den Divergenzen der einzelnen Deutschen Criminalrechte mangeln nun freilich meist so gute Grundlagen, und diese Betrachtung ist also auch nicht angethan den heutigen Rechtszustand schlechthin zu rechtfertigen, aber daß ein alle Details umfassendes einheitliches Strafrecht für ganz Deutschland eben keine Wohlthat wäre, und daß an ein jegliches Strafrecht viel Anforderungen gemacht werden dürften, denen kein Mensch genüge leisten könnte, daran mögen wir einstweilen hiedurch uns erinnern lassen. Für die nicht unvermeidlichen Uebelstände unseres heutigen Strafrechts aber giebt es keinen bessern Trost, als daß wir an dieses Strafrecht nicht fest gebunden sind.

Daß das gemeine Deutsche Strafrecht, das auf Grundlage der Carolina sich ausgebildet hatte, die allgemeine Geltung in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts nicht mehr zu behaupten vermochte, ist eine geschichtliche Thatsache, mögen wir sie bedauern oder nicht. Was wir aber nicht zu bedauern haben, ist daß damals nicht von Reichswegen ein neues ebenso allgemeines Strafrecht an Stelle des alten unhaltbaren gesetzt worden ist. Daß im vorigen Jahrhundert die Kräfte zur genügenden Durchführung eines sol-

chen Unternehmens nicht vorhanden waren, darüber können wir § 5.
jetzt nicht mehr im Zweifel sein. Aus dem alten Rechte wollte man heraus, Praxis und Doctrin schien es hatten sich erschöpft, die Gesetzgebung sollte helfen, aber die Reichsgesetzgebung war schwerfällig und machtlos. Begreiflich also daß die Particulargesetzgebung an die Arbeit sich machte. Die Thätigkeit, die nun in den einzelnen Staaten begann, ist nur als ein Experimentiren zu bezeichnen. Daß das alte Recht nicht ausreiche glaubten alle empfunden zu haben, aber auf welcher Grundlage der neue Rechtsbau aufzurichten wäre, das wusste niemand, so klug einige sich dünken mochten. Man versuchte was man eben für das beste hielt. Seltsame Gedanken und Anschauungen tauchten auf und übten mächtigen Einfluss auf die Gestaltung des neuzuschaffenden Rechts. Was dabei herauskam war zunächst wenig brauchbares. Doch seien wir gerecht: die Deutsche Particulargesetzgebung ist wol mit einigem Leichtsinn an diese Arbeit gegangen, ohne genau zu prüfen ob ihre Kraft dem Unterfangen entspräche, aber sie hat dann mit anerkennenswerthem Ernst gearbeitet und sich eifrigst gemüht alles so gut zu machen wie sie irgend konnte. Die größten Deutschen Staaten sind vorangegangen, viele kleine sind gefolgt, und zwar haben die meisten von diesen selbständige Versuche auf eigne Hand unternommen. Wer den Werth eines einheitlichen Rechts nicht überschätzt wird dies nur billigen. Freilich ist es kein anziehender Gedanke, daß das Recht durch Experimentiren gefunden oder geläutert werden müsse, hat man sich aber darein ergeben, wie in eine historische Nothwendigkeit, so muss man sich freuen über die Menge der Versuche. Je mehr Experimente gemacht werden, desto mehr kann man lernen, desto eher abschliessen mit dem Experimentiren. Unter den obwaltenden Verhältnissen also ist es erfreulich daß so viele auch von den kleinen Deutschen Staaten sich angestrengt haben ihr Scherflein zur allgemeinen Belehrung beizutragen, und

§5. auch das ist zu loben, daß manche nicht an einem Versuche sich haben genügen lassen.

Wir stehn noch immer in der Zeit der Experimente. Noch ist kein Strafgesetzbuch zu Stande gekommen an dem nicht überwiegend zu tadeln wäre, keines dem man Anspruch auf Dauer über dies Jahrhundert hinaus zuerkennen könnte. Ob das Product des jüngsten Versuchs, das Sächsische Strafgesetzbuch vom Jahr 1855 länger in Kraft bleiben wird als sein Vorgänger vom Jahr 1838 ist noch sehr fraglich. Vergleichen wir den Bairischen Entwurf von 1854 mit dem Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813, so sehn wir wol daß wir gelernt, aber gewis auch daß wir noch nicht ausgelernt haben. Der Entwurf ist geschmeidiger, auf das mögliche und nützliche ist mehr Rücksicht genommen, im einzelnen sind viel Fehlgriffe glücklich vermieden, aber daß der wissenschaftliche Werth des Entwurfs im ganzen größer sei, daß er consequenter durchgearbeitet worden, daher alle einzelnen Theile in besserem Zusammenhange mit einander ständen als bei dem noch geltenden Strafgesetz, das mag niemand behaupten wollen. Und doch sind bei diesem Entwurf alle erkennbaren Resultate der neuern Wissenschaft fleissigst benutzt, und auch aus den legislatorischen Experimenten hat man soviel als möglich zu lernen gesucht. Ich glaube daß zur Zeit in Deutschland niemand ist, der, ich sage nicht im einzelnen besseres leisten, aber ein Gesetz entwerfen könnte, das im ganzen ersichtlich besser wäre; es ist nicht wahrscheinlich daß ein einzelner seiner Zeit so bedeutend vorausschreiten sollte. Und wenn dem nun wirklich so ist, wenn wir nicht im Stande sind besseres zu schaffen, so haben wir darum nicht was wir schaffen können für vortrefflich auszugeben und ein dabei Beharren zu empfehlen:

non si male nunc et olim
sic erit.

Wir haben gelernt, wir werden lernen, andere nach uns werden

noch mehr lernen, hüten wir uns dem Recht so steife Form zu ge- §5.
ben daß es von erfahrenern später nicht leicht zum besseren gewandt werden könnte.

Unser heutiges Strafrecht also haben wir als ein flüssiges leicht bewegliches und leicht wandelbares zu betrachten, und gerade diese Wandelbarkeit macht uns, wie schon gesagt, die Mängel desselben, die wir empfinden müssen, erträglich. Auch können wir nicht nach den einzelnen Territorien unterscheiden; das Strafrecht der größeren Staaten ist nicht brauchbarer und dauerhafter als das der kleinen, ebensowenig kann dieses unbedingt als das vorzüglichere gelten. Wir müssen zugeben daß im wesentlichen die Deutschen Staaten, was die Ausbildung des Strafrechts anlangt, alle etwa gleich weit vorgeschritten sind; womit aber nicht geleugnet werden soll daß bei einzelnen einzelnes besser geordnet ist als bei andern. Hinsichts der Flüssigkeit und Veränderlichkeit des Rechts aber wird man vielleicht einwerfen, es seien dies keine unserem jetzigen Strafrecht eigenthümliche Qualitäten, jedes geltende Recht sei ein veränderliches, es stehe überall in lebendiger Entwicklung, fortwährend keime neues aus dem alten allmälich absterbenden hervor. Ganz richtig gewis. Das lebendige Recht ist stets in Veränderung und Umgestaltung begriffen, aber diese Aenderungen gehn bald rascher bald langsamer vor. Und wenn wir das jetzige Strafrecht schlechthin als ein wandelbares bezeichnen, so sagen wir, daß die Entwicklung und Umbildung hier ungewöhnlich rasch fortschreite.

Wir haben vorhin gesehn daß auch unsere Strafrechtswissenschaft noch zu wenig festen Resultaten gelangt ist, und also gleichfalls beweglich und wandelbar erscheinen mag. Es ist dies ein ganz natürliches Zusammentreffen, das nur für die Zusammengehörigkeit von Recht und Wissenschaft zeugt. Hätte die Wissenschaft festen Boden gewonnen während das Recht noch schwankte,

§ 5. wir müssten doch die Wissenschaft anklagen daß sie nicht mitzutheilen und nicht zu überzeugen vermöchte; noch schlimmer wäre es für die Wissenschaft, wenn sie den von dem praktischen Recht bereits gefundenen sicheren Grund nicht zu entdecken wüsste. Aber gerade daß Recht und Wissenschaft etwa gleich weit gediehen sind, das spricht für beide. Und in der That, mag man übrigens dem modernen Deutschen Strafrechte und der Strafrechtswissenschaft vieles vorwerfen, das müssen wir anerkennen, daß alle die das Strafrecht fortzubilden berufen waren, Gesetzgeber und Richter, ehrlich bemüht gewesen sind von der Wissenschaft zu lernen was sie lehren konnte; und wieder, daß in unserem Jahrhundert auch die Theoretiker mit steter Rücksicht auf das geltende Recht gearbeitet haben. Wir werden hierauf zurückkommen. Meint aber jemand das sei doch ein vergebliches Hoffen, daß wir je zum besseren gelangen würden, denn die Wissenschaft könne zu keinerlei Abschluss kommen bevor das Recht nicht feste Form gewonnen, und das Recht könne sich nicht befestigen wenn diese Festigkeit nicht von wissenschaftlicher Vorarbeit ausgehe, wir stäken im unlösbaren Cirkel wo die Voraussetzung der Erfüllung selbst wieder die Erfüllung zur Voraussetzung habe, so können wir ihn damit trösten, daß derartige Räthsel in der Geschichte schon öfter gelöst worden sind; wobei denn freilich wir nicht übersehn mögen, daß die Lösung wol von Menschen vollzogen, aber doch nicht von Menschen ausgegangen ist.

So weit waren wir gekommen: das Strafrecht in den Deutschen Staaten kann zur Zeit nicht als ein fertiges gelten, es befindet sich in verhältnismäßig rascher Bewegung, und zwar hat diese Bewegung alle einzelnen Deutschen Länder erfasst, kein Territorialrecht kann stehn bleiben da wo es jetzt steht, und das alte Gemeine Recht so wenig wie aus neuen Gesetzen entsprungenes. Hier stoßen wir auf eine Frage von größter Wichtigkeit: ist die

Bewegung, in der die Deutschen Strafrechte sich befinden, eine gemeinsame einheitliche oder doch wenigstens übereinstimmende? oder geht die Fortbildung in jedem Ländchen nach besonderen Ursachen und Gründen vor, ohne Zusammenhang mit den übrigen? Die Antwort scheint mir nicht zweifelhaft zu sein. Die politische Möglichkeit separatistischer Entwicklung muss zugegeben werden; aber wir können uns freuen daß diese Möglichkeit nicht Wirklichkeit geworden ist. Zunächst was die Gesetzgebung anlangt: manche der ersten Experimente sind wol insofern etwas leichtfertig unternommen worden als man dabei nicht genau erwogen hatte wieviel vom alten Recht noch brauchbar wäre, und ob das neu geschaffene dauerhaft sein würde. So mag die Abweichung von dem gemeinen Recht zuerst größer geworden sein als nothwendig gewesen wäre. Aber ganz unüberlegt ist man auch nicht zu Werke gegangen, und war wirklich das alte Recht im ganzen unhaltbar, galt es durch Versuche besseres finden, so durfte man bei dem Experimentiren nicht ängstlich sein. Nachdem die ersten Versuche gemacht waren, ist man schon vorsichtiger weitergegangen. Daß Josephs II. Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung und daß ebenso Theil II. Titel 20. des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten wenig nachahmungswerthes neues enthielten, konnte nicht lange verborgen bleiben. Diese Gesetze waren für die spätere Gesetzgebung von Werth, um sie vor gewissen Irrthümern zu wahren. Auch das Oesterreichische Gesetzbuch von 1803 mochte man sich nicht zum Vorbild nehmen; bei manchen Vorzügen besaß dieser Strafcodex doch nicht was geeignet gewesen wäre ihm viel Freunde ausserhalb des Kaiserstaats zu erwerben. Ganz andern Erfolg hatte das Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813. Trotz zahlreichen Misgriffen im einzelnen, trotzdem daß es auf einer Grundlage beruht die wir als irrig betrachten müssen, ist es doch noch immer weitaus die bedeutendste kräftigste Schöpfung

§ 5. der Deutschen Gesetzgebung. Indem Baiern aber ein solches Gesetz erliess beabsichtigte es auch nicht Wege zu wandeln auf denen niemand ihm folgen könnte. Feuerbach war berufen wissenschaftlicher Verdienste wegen, man hielt seine wissenschaftlichen Constructionen im Augenblicke wol für den wahren Ausbau der Wissenschaft, und wenn man also hauptsächlich ihm vertraute und seine Theorieen zu geltendem Rechte machte, so wollte man ein möglichst wissenschaftliches Recht herstellen, das dem ganzen übrigen Deutschland ebenso annehmbar dünken möchte als man es selber empfehlenswerth glaubte. Daß die Praxis bald erhebliche Mängel des Bairischen Gesetzbuchs aufdeckte ist bekannt. Nichtsdestoweniger war sein Einfluss auf die spätere Legislation ein sehr bedeutender. Aus dem Bairischen Strafrecht ist vieles in die nächst folgenden Gesetze anderer Staaten übergegangen, nur daß man die erkannten praktischen Uebelstände zu vermeiden bestrebt war. Inzwischen begann auch das Ansehn Feuerbachs in der Wissenschaft abzunehmen; die meisten seiner theoretischen Gebilde erwiesen sich als unhaltbar. Neuere Gesetzbücher haben auch diesen Fortschritt der Wissenschaft nicht unbeachtet lassen wollen. Man ging darauf aus ein Recht herzustellen, das zugleich praktischer und ebenso consequent wie das Bairische, doch auf andere wissenschaftliche Grundsätze basirt wäre. Achtung vor dem Ernst und der Sorgfalt mit der die Gesetzgebung in den meisten Deutschen Ländern zu Werke gegangen ist. Man wollte lernen zunächst von der Wissenschaft und zwar allgemein von der Deutschen Wissenschaft, nicht blos von der dem eignen Territorium entsprossenen; man wollte aber auch von Nachbaren lernen, die mit ähnlichen Arbeiten vorangegangen waren, man prüfte auch die Erwägungen jener, und die praktischen Erfahrungen die an ihr Werk sich geknüpft hatten. Wenn man aber so theils aus gemeinschaftlicher Quelle, theils einer aus dem Wasser des andern schöpfte, so musste das geschöpfte im wesentlichen gleichartig

ausfallen. Zwischen dem Strafrecht der einzelnen Deutschen Staaten bestehn allerdings viele nicht unerhebliche Verschiedenheiten, die aber meist leicht aus der Art des Zustandekommens der betreffenden einzelnen Strafgesetze oder aus thatsächlich vorhandenen Verschiedenheiten der betreffenden Staaten zu erklären sind, und die Uebereinstimmung im übrigen nicht ausschliessen. Am weitesten entfernt steht wol das Oesterreichische Strafgesetzbuch von den andern; daß man in Oesterreich 1853 nicht mehr von dem alten nicht als unbrauchbar erfundenen Rechte aufgeben mochte um sich andern Deutschen Rechten, die auch noch keinen festen Boden gewonnen hatten, zu nähern, ist sehr begreiflich. Das Preussische Strafrecht hat vielfach den Französischen Strafcodex zum Vorbild genommen, was aus naheliegenden Gründen zu erklären, doch nicht immer zu rechtfertigen ist. Aber Oesterreichisches und Preussisches Strafrecht ist bis jetzt noch Deutsches Recht geblieben, die Abweichungen sind nicht durchgreifend, beide stehen auf der Grundlage des gemeinen Deutschen Rechts, und beide werden von der gemeinsamen Entwicklung des heutigen Deutschen Rechts mitbewegt. §5.

Wie die Gesetzgebung so erkennt auch die Praxis die Fortbildung der einzelnen Strafrechte als eine gemeinschaftliche an. Jedes Gesetzbuch ist unvollständig, die Deutschen Strafgesetze haben oft absichtlich über viele der wichtigsten Fragen geschwiegen. Man braucht es der Praxis gar nicht zum großen Verdienst anzurechnen, daß sie solche Lücken vorzüglich mit den Resultaten der Wissenschaft gefüllt hat. Wo sonst konnte sie sich Raths erholen? Die Gesetzgebung liess sie im Stich; daß die Löcher die in einem Generalgesetz sich finden nicht durch eine Unzahl von Specialgesetzen oder gar Ministerialrescripten zu stopfen sind, hat man nach gerade eingesehn. Aus sich selber, d. h. aus der modernen particularen Rechtsübung konnte die Praxis auch nicht alles erforderliche entnehmen, aus dem einfachen Grunde weil die particulare Rechtsübung noch

§ 5. nicht alles erforderliche festgestellt hatte. Eine particulare Wissenschaft gab, und giebt es, wenn man von einzelnen Anfängen absieht, auch jetzt nicht. Also blieb nichts anderes übrig als auf die alte reiche gemeinrechtliche Praxis oder Doctrin zurückzugehn, oder nach Umständen die Fortsetzung der letztgenannten, die bestehende, heutige gemeine Deutsche Strafrechtswissenschaft zu befragen. Daß die Wissenschaft, und zwar die vorhandene Deutsche Wissenschaft, nicht die etwa zukünftigen Bairischen Badischen Hessischen u. s. w. Wissenschaften, den mächtigsten Einfluss auf die Gesetzgebung geübt haben, giebt Wächter selber zu; er kann aber diesen Einfluss auch für die Praxis nicht leugnen wollen. Wo nicht das einzelne Strafgesetz besonderes vorschreibt, da suchen die Gerichte, und vorzüglich die höchsten, die Norm für ihre Entscheidung der Wissenschaft zu entlehnen. Weil die Wissenschaft selber zu festen Resultaten vielfach noch nicht gekommen ist, so gehn auch solche Entscheidungen verschiedener Gerichte oft auseinander, doch bekundet sich darin das Bestreben das Recht so zu handhaben, wie es auch ausserhalb der Grenzen des einzelnen Territorium gehandhabt wird, oder nach der Ueberzeugung dieses Gerichts gehandhabt werden sollte.

Kurzum bei der Gesetzgebung sowol wie bei den Richtern ist der gute Wille vorhanden unser Strafrecht trotz seiner momentanen formellen Zersplitterung einheitlich fortzubilden. Und wenn einzelne der Thüringischen Staaten an der Orthographie und Interpunction des gemeinschaftlich entworfenen Strafgesetzbuchs geändert haben, so beweist dies auch noch keinen der gedeihlichen Entwicklung ernste Gefahr drohenden Particularismus. Neben dem guten Willen sind aber auch die übrigen Bedingungen eines in den Grundzügen gemeinsamen Rechts, und insbesondere Strafrechts für Deutschland vorhanden: der Volkscharakter, die allgemeinen Lebens- und Verkehrsverhältnisse sind wesentlich dieselben, und auch Bildung und Sittlichkeit stehen ohngefähr auf derselben Entwick-

lungsstufe in allen einzelnen Deutschen Ländern. So mögen wir § 5.
die angemessene Vereinigung unseres Rechts von der Zukunft erhoffen. Die Mannigfaltigkeit des Rechts in den Volksrechten war sicher noch größer als die jetzige, und hat doch der Ausbildung des gemeinen Deutschen Rechts nicht im Wege gestanden. Freilich haben auch die politischen Verhältnisse nicht wenig zur Entwicklung dieses gemeinen Deutschen Rechts beigetragen. Wer kann sagen wie die Politik der Zukunft zur Herstellung eines einheitlich Deutschen Rechts sich verhalten wird?

---

§ 6.

Ueber die Theorie des Strafrechts.

Die Betrachtungen des vorigen Paragraphen gingen davon § 6.
aus, daß ein gemeines Deutsches Strafrecht wie es früher bestanden durch die Thätigkeit der Particulargesetzgebung aufgehoben ist. Ein Recht, das subsidiarisch überall angewandt werden müsste, besitzen wir im Augenblick nicht; dem alten ist die Kraft genommen, ein neues ist noch nicht aufgestellt. Das Deutsche Strafrecht besteht also formell aus lauter Particularrechten, aber diese Particularrechte enthalten überwiegend dieselben Bestandtheile. Zudem sind all die einzelnen Rechte noch nicht feste Bildungen geworden, flüssig und beweglich bekunden ihre Bewegungen im großen zwar keine divergirenden Tendenzen. Weil hier und dort die Rechte nach gemeinschaftlichem Vorbilde, oder auch eins nach dem andern, sich zu formen streben, sehn wir daß dieselben Einflüsse überall sich geltend machen und entsprechend gleiche Wirkungen auf die verschiedenen Einzelrechte ausüben. So erscheint die Entwicklung der verschiedenen Particularrechte als eine einheitliche gemeinschaftliche. Wir haben zur Zeit ein Deutsches Strafrecht, das wenngleich

§ 6. äusserlich getheilt in viele Arme doch als Ein Recht fortwächst, und das wir vornehmlich darum nicht als gemeines Deutsches Recht bezeichnen mögen, weil die einheitliche Fortbildung desselben wol Thatsache ist, und zwar keine zufällige sondern aus kennbaren Gründen nothwendige, aber doch auf eine rechtliche Nothwendigkeit sich nicht zurückführen lässt.

Für die Zukunft haben wir hieraus gefolgert daß eine auch formelle Wiedervereinigung des Deutschen Strafrechts nicht unter die Unmöglichkeiten gehört. Und zwar scheint es daß eine solche Wiedervereinigung auf dem jetzt eingeschlagenen Wege sicherer und besser erzielt werden dürfte, als wenn vorzeitig ein allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch zu Stande käme. Unter den obwaltenden politischen Verhältnissen würde durch ein solches Strafgesetz nach Wächters eigenen Ausführungen auch nur ein materiell kein formell einiges Deutsches Strafrecht hergestellt werden. Jedem einzelnen Staate würde es unbenommen sein in jedem Augenblick neues Recht einzuführen, und die Uebereinstimmung von Erlass des gemeinsamen Gesetzes an, so lange sie in gleicher Weise fortdauerte, wäre auch nur eine thatsächliche, keine rechtlich nothwendige. Solch gemeinsames Deutsches Strafgesetz aber, wenn es in naher Zeit fertig und wirklich würde, die Möglichkeit hievon einstweilen zugegeben, könnte leicht mehr schaden als nützen. Zunächst ist das nicht zu übersehn daß bei einem gemeinschaftlichen Strafcodex die Bedürfnisse des berechtigten Particularismus schwerlich genügende Beachtung finden würden. So lange das gemeinschaftliche Gesetzbuch als solches sich behauptete, wären umfassende Particulargesetze daneben unzulässig, das gemeinschaftliche Gesetz selber aber baldigst durch ein neues abzulösen würde man kaum wagen. Dadurch entginge der Gesetzgebung der Vortheil aus weiteren Experimenten lernen zu können. Voraussichtlich würde der Werth des Universalstrafrechts für ganz Deutschland nicht viel größer sein als der eines

der neueren Particulargesetzbücher, also viel zu geringe um Bestand auf die Dauer beanspruchen zu können. Bei dem jetzigen Zustande unseres Rechts und unserer Rechtswissenschaft ist nicht abzusehn woher urplötzlich dem Gesammtvaterlande so mächtige schöpferische Kraft kommen sollte, die man in allen Einzelländern vergeblich sucht. Aller vernünftigen Berechnung nach würden die äusseren Verhältnisse einem Deutschen Strafgesetzbuch über einen längeren Zeitraum Herrschaft geben, ohne daß das neue Werk die Berechtigung zu solcher Herrschaft in sich selber trüge. Uns fehlt noch die Kraft relativ dauerhaftes, für einen größeren Abschnitt der Zukunft brauchbares zu schaffen. Was wir herzustellen vermögen, das würde, wenn nicht zu gutem Glück irgend ein Zufall bald es zusammenbräche, nur der Entwicklung des besseren im Wege stehn. Gerade weil das einzelne Particulargesetz weniger widerstandsfähig ist, müssen wir uns freuen das Deutsche Strafrecht für jetzt noch äusserlich im Particularrechte aufgelöst zu sehn. §6.

Für die Gegenwart aber kommen wir zu dem Resultat daß die Wissenschaft nicht ausschliesslich mit den einzelnen Particularrechten sich zu beschäftigen hat. Auch diese bedürfen besonderer wissenschaftlicher Pflege, doch wird man hiebei wohl thun dieselben nicht als isolirte aus sich selber zu erklärende Erscheinungen zu betrachten. Kein Partikelchen Rechts können wir ausser allem Zusammenhange begreifen; wo ein Recht von lebendiger ihm mit andern Rechten gemeinschaftlicher Bewegung ergriffen ist, da verdient nicht blos der Zusammenhang mit dem früheren, sondern auch der Zusammenhang mit dem zugleich werdenden sorgfältige Beachtung. So führt schon die Betrachtung des einzelnen Particularrechts auf beiläufige Berücksichtigung der Gesammtentwicklung des Deutschen Strafrechts. Diese Gesammtentwicklung müssen wir aber auch als selbständig von der Wissenschaft zu bearbeitenden Stoff erfassen.

§6. Dürften wir unser heutiges Recht als ein fertig ruhendes ansehn, so wäre in den einzelnen Particularrechten genug des Uebereinstimmenden die vergleichende Bearbeitung zu rechtfertigen. Daß der homogene Stoff überall von denselben Einflüssen berührt und bewegt wird, macht die zusammenfassende Betrachtung zur Nothwendigkeit. Auch fehlt die Aussicht auf praktische Erfolge nicht, deren die Jurisprudenz als praktische Wissenschaft bedarf; sie darf hoffen so der Gesetzgebung und der Praxis in die Hände zu arbeiten. Daß dieser Erfolg nur ein möglicher kein gewisser ist, daß es ganz im Belieben unserer Gesetzgeber und Richter steht wieviel von den Resultaten der wissenschaftlichen Arbeit sie annehmen mögen, kann uns nicht irre machen. Auf äusserem Zwange soll der Einfluss der Wissenschaft überall nicht beruhn, dadurch daß sie überzeugt erzwingt sie ihre Geltung. Die Wissenschaft die nicht überzeugen kann, verdient keinen Einfluss auf das Leben; überzeugt sie aber, so ist sie auch des Erfolgs gewis, und dieser wird größer und nachhaltiger sein als der durch äusseren Zwang vermittelte.

Damit aber, daß wir klar geworden über den Stoff, den unsere Wissenschaft bearbeiten mag, ist für die Entscheidung der andern Frage, wie dieser Stoff zu bearbeiten sei, wenig gewonnen. Die schon vorher berührte Unsicherheit und Haltlosigkeit der Wissenschaft tritt auch hier unverkennbar hervor. Uns fehlt die erprobte Methode, die dem ehrlichen Fleiß bei civilistischen Arbeiten kleine aber gewisse Resultate sichert. Diese Erwägung ist wol geeignet jeden der eine größere criminalrechtliche Arbeit unternimmt sehr bescheiden zu stimmen. Man kann sich dem Bewusstsein nicht entziehn, daß die unternommene Arbeit wahrscheinlich nicht an das Ziel führen wird dem man zustrebt, ja daß sie sehr wol, was ihre unmittelbaren Erfolge anlangt, zu gar nichts führen kann. Aber dies Bewusstsein ist doch kein schlechthin trostloses und entmuthigendes. Zunächst kann man Trost daraus zu entnehmen suchen,

daß im Falle völliges Misrathens die Schuld doch nicht nothwendig § 6.
auf die eigene Unfähigkeit und Schwäche falle. Wo der Zustand in dem die Wissenschaft zur Zeit noch sich befindet als mitwirkende Ursache des Fehlgehns gelten mag, müssen die Versehen des einzelnen milde beurtheilt werden. Ferner aber ist auch das anzuführen, daß wir der geringen Aussicht auf gedeihlichen Erfolg wegen doch die wissenschaftliche Arbeit selber nicht aufgeben dürfen, und wenn wir also auch noch im Dunkeln uns befinden, wir doch versuchen müssen tastend und tappend aus demselben uns herauszuhelfen. Kommen wir einstweilen zu nichts, so haben wir durch unser Mühen doch andre vor einem Irrweg gewahrt. Gerade darum aber weil wir auch über die Methode der wissenschaftlichen Bearbeitung des heutigen Deutschen Strafrechts nicht klar sehn, und doch sicher die Methode von größter Bedeutung für den Erfolg ist, mag es verziehen werden wenn ich hier einiges anführe über den Plan nach dem diese Arbeit unternommen ist.

„Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts", der Ausdruck bezeichnet wol was ich vorhabe, bedarf aber doch der Erläuterung. Daß ich ein Deutsches Strafrecht als in der Gegenwart vorhanden annehme, und daß die Beschauung dieses unseres gegenwärtigen Strafrechts unternommen werden soll, ist damit gesagt. Welcher Art die Anschauung, unsere *Θεωρία* sein wird, ist noch anzugeben. Daß unser Strafrecht gerade jetzt in schleuniger Bewegung sich befindet habe ich ausgeführt; die Betrachtung muss uns also auch diese Bewegung anschaulich machen. Verfolgen wir die Entwicklung des Deutschen Strafrechts wie sie in den Strafgesetzbüchern der Einzelstaaten die in diesem Jahrhundert in das Leben getreten sind sich darstellt. Im einzelnen kommen in Betracht:

Das Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813, mit seinem Zwillingsbruder dem Strafgesetzbuch für die Oldenburgischen Lande von 1814. Neben dem Bairischen

§ 6. Gesetzbuch wird auch der vielbesprochene Entwurf von 1854 Berücksichtigung finden.

Das Königlich Württembergische Strafgesetzbuch von 1839.

Das allgemeine Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840.

Das Criminalgesetzbuch für Braunschweig von 1840.

Das Strafgesetzbuch für Großherzogthum Hessen von 1841.

Das neue Badische Strafgesetzbuch von 1845 (1851).

Das Strafgesetzbuch der Thüringischen Staaten von 1850.

Das neue Strafgesetzbuch für die gesammten Preussischen Staaten von 1851.

Das Oesterreichische Strafgesetz über Verbrechen, Vergehn und Uebertretungen von 1852,

endlich das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1855 mit dem das Criminalgesetzbuch von 1838 zu verbinden ist.

Wie jedes Sehn ein Denken, Vergleichen und Folgern ist, und den sehenden zwingt das gesehene mit anderem in Verbindung zu bringen, so soll auch unsere Beschauung nicht strenge auf das beschränkt werden, was in den genannten Strafgesetzbüchern zum Vorschein kommt. Zunächst wollen wir mit den einzelnen Gesetzesrechten das alte Deutsche Gemeinrecht zusammenhalten, das schon als zur Zeit noch geltendes Territorialrecht Anspruch auf Berücksichtigung hat, noch mehr aber weil es der Stamm ist, aus dem alle unsere Einzelrechte hervorgewachsen sind. Es bedarf dies ausführlicher Rechtfertigung ebensowenig wie daß auch die Resultate der gemeinrechtlichen überhaupt der Deutschen Rechtswissenschaft mit in Betracht gezogen werden sollen. Mehr ist über eine andere Erweiterung unserer Theorie zu sagen.

Als man gegen Ende des vorigen Jahrhunderts in Deutschland der Ueberzeugung sich zuwandte, das bestehende Strafrecht

müsse durch ein neu zu schaffendes ersetzt werden, entstand die Frage § 6.
woher dies neue zu nehmen sei. Was irgend man in der Zeit und in der Geschichte entwickelt vorfand schien den Ansprüchen, die man stellte, nicht zu genügen, und es entsprach den damals herrschenden Tendenzen daß man von der Speculation die Erfüllung der hinsichts des Strafrechts erwachten Wünsche erwartete. Die Speculation schlug zwei nicht immer nah zusammenlaufende Wege ein um das gesteckte Ziel zu erreichen. Einige sahen auf das allernächste praktische Bedürfnis und suchten aus diesen Nützlichkeitsbetrachtungen die erforderlichen Straffatzungen zu gewinnen; andere aber forschten nach den sogenannten letzten Gründen des Strafrechts und des Rechts überhaupt, um aus dem so zu findenden Principe das gesuchte System entwickeln zu können. Der Erfolg der verschiedenen Speculationen war hier, wie in tausend andern Fällen, ein verschiedener, d. h. während alle dasselbe geistig zu erschauen und zu durchdringen suchten, so nahm doch jeder ein anderes Bild davon, und eine Ausgleichung der verschiedenen Anschauungen war vorerst unmöglich. Der Streit der verschiedenen Strafrechtstheorieen hat weithinein bis in dies Jahrhundert gedauert, er ist auch heut zu Tage noch nicht rein ausgekämpft, mehr aus Ermüdung und Ueberdruss ausgesetzt worden. Zwei Hauptmeinungen, die beide in vielen Schattirungen spielen, sind einander gegenübergetreten. Nach der einen ist die Strafe nicht die nothwendige Folge des Verbrechens, sie ist da um dessentwillen was weiter durch sie erreicht werden soll. Man hat die Theorieen, die hierauf hinauslaufen, mit dem Namen der „relativen" bezeichnet. Ende des vorigen Jahrhunderts behaupteten diese Theorieen das Feld. Beispielsweise kann ich anführen, daß wie die ungedruckten Materialien des allgemeinen Landrechts für Preussen ergeben, die Juristen, die bei der Herstellung dieses Gesetzbuchs herangezogen wurden uneinig waren über den Zweck der Strafe. Der eine meint

§ 6. die Besserung des Verbrechers, andere die Abschreckung dritter, wieder andere die Sicherung des Staats; aber daß die Strafe solche äusseren Zwecke verfolgen müsse, darüber sind alle eins. Am bestimmtesten spricht sich die Beantwortung des Extractus monitorum aus:

> Die Gerechtigkeit erfordert weiter nichts als daß der Beleidigte entschädigt, das gestiftete Böse wieder gut gemacht werde. Eine Pflicht zu strafen folgt aus dem Begriff der Gerechtigkeit gar nicht.

So vieler Scharfsinn aber auf die Construction der einzelnen relativen Theorieen verwandt ist, keine einzige hat sich den Einwürfen ihrer Gegner, meist Anhängern andrer relativen Theorieen, gegenüber als haltbar erwiesen. Die absoluten Theorieen, die davon ausgehen daß die Strafe an sich als Folge des Verbrechens schlechthin nothwendig ist, ohne alle Rücksicht auf das was weiter durch sie gewirkt wird, sind den relativen Theorieen in Deutschland zunächst von Philosophen Kant und Hegel entgegengestellt, dann auch durch Juristen besonders durch Abegg verbreitet, und von niemand beredter als von Stahl vertheidigt worden. Die einzelnen absoluten Theorieen gehn weniger weit auseinander als die einzelnen relativen, sie kommen überein in der Annahme der Nothwendigkeit der Strafe, die sie nur verschieden zu erklären suchen; so daß man nicht ganz mit Unrecht gesagt hat, es gebe nur eine absolute Theorie, die verschieden vorgetragen werden könne. Freilich aber bestehn zwischen den einzelnen Vortragsarten doch auch sehr erhebliche Unterschiede, besonders danach welche Anschauungen von den Beziehungen des menschlichen Treibens zur Göttlichen Allmacht der Vortragende zu Grunde legt. Daß die absoluten Straftheorieen der relativen noch nicht ganz Meister geworden sind, dürfte aus zwei Gründen zu erklären sein. Die absolute Theorie ist unbegreiflich wenn sie nicht mit religiösen Anschauungen in Ver-

bindung gebracht wird; das Strafrecht, das sie dem Staat zu- § 6.
schreibt, kann der Staat nur von Gott haben; jede andre Herleitung ist eitel, und diese selber rein verstandesmäßig zu begründen ist unmöglich. Wer nicht etwas Glauben mitbringt, wer sich vermisst mit den kleinen Gaben die ihm verliehen sind das Weltall durchdringen zu können, und die Existenz dessen was er nicht zu durchdringen vermag leugnen zu dürfen, der wird diese Begründung der absoluten Straftheorie und damit die Theorie selber verwerfen müssen. Daß aber bei menschlicher Geistesarbeit Wissen und Glauben stets Hand in Hand gehn, kein Wissen ohne Glauben bestehn kann, das ist ebenso wahr wie bestritten. Der andre Grund aber, der der Verbreitung der absoluten Theorie im Wege steht, ist die Meinung, daß ihre ideale Natur praktische Resultate aus ihr zu gewinnen schwer, wo nicht gar unmöglich mache. Man hat wol gesagt mit der absoluten müsse zum wenigsten noch eine relative Straftheorie verschmolzen werden, um nicht nur den Grund sondern auch das Maß der Strafbarkeit der concreten Verbrechen auffinden zu können.

Diese Meinung halte ich nicht für richtig. Die Schwierigkeit von der absoluten Straftheorie aus zu praktisch brauchbaren Resultaten zu gelangen ist wenn auch keine rein imaginäre, doch wol nicht so groß wie zuweilen man sie geglaubt hat. Vielleicht ist die Theorie an sich nicht mehr idealer Natur als jede Theorie dies sein muss, und die übertriebene Idealität nur von aussen in sie hineingetragen worden. Theorieen praktisch auszunutzen ist überall nicht ganz leicht, und im vorliegenden Falle scheint es als ob beide Seiten, die Vertreter der relativen Theorieen so gut wie die der absoluten, mit einzelnen rühmenswerthen Ausnahmen, den Streit zu ideal geführt, d. h. zu wenig um die praktischen Resultate desselben sich gekümmert haben, während doch nur durch sorgfältigste Erwägung dieser Resultate eine Entscheidung zu erlangen gewesen

§ 6. wäre. Derselbe Misgriff hier, dessen die moderne Deutsche Jurisprudenz auch sonst häufig sich schuldig gemacht hat. Man jagt nach Principien und Regeln, als ob diese sogleich zu finden wären, und als ob man daran genug haben könnte, das Recht gleichsam von selber aus ihnen sich entwickeln müsste. Viele namentlich auch derer, die relative Straftheorieen aufgestellt haben, sind sich der Consequenzen ihrer Lehrsätze sicher nie bewusst geworden, und haben den Beweis für ihre Theorieen aus dem geltenden Recht zu erbringen, ut ex jure quod est regula fiat, nie versucht.

Hieran knüpft sich ein anderer Vorwurf den ich vielen, nicht allen, die bei dem Streit der strafrechtlichen Theorieen sich betheiligt haben, machen möchte. Diese vielen haben geglaubt die letzten Gründe des Strafrechts in abstracto ermitteln zu können und zu müssen, und haben dabei übersehn daß wie die einzelnen Rechte der verschiedenen Völker und Zeiten unter sich verschieden sind, ebenso auch die Grundanschauungen auf welche diese verschiedenen Rechte sich zurückführen lassen gleichfalls verschieden sein müssen. Statt die Theorie unseres heutigen oder sonst irgend eines concreten Strafrechts aufzusuchen, hat man einer ganz allgemeinen Theorie nachgejagt, die wenn sie wirklich zu finden wäre, doch für die Entscheidung der aus der Betrachtung des lebenden Rechts sich ergebenden Fragen ohne Werth sein müsste. Ich will zugeben daß die sogenannten absoluten Straftheorieen leichter noch als die relativen ausser dem Zusammenhange mit einem bestimmten Rechte gedacht werden können, und daß es bisweilen schwieriger sein mag von ihnen als von den andern zu der Beantwortung praktischer Fragen zu kommen, dagegen bestreite ich daß eine praktische Verwerthung der absoluten Theorieen an sich unmöglich oder daß eine anschauliche Darstellung irgend einer Theorie anders als im Zusammenhange mit dem positiven Rechte möglich sei.

Ich stelle den Satz auf, dem heutigen Deutschen Strafrechte

liegt eine absolute Theorie, wie sie oben angedeutet ist, und später § 6.
weiter ausgeführt werden wird, zu Grunde. Da unser Recht ein particularistisch buntes, und auch in der Zeit rasch wechselndes ist, so kann der Satz nicht dahin ausgedeutet werden, daß jetzt in ganz Deutschland alle einzelnen Consequenzen jener Principien geltendes Recht seien. Nur daß in den Hauptzügen Uebereinstimmung stattfinde, ist zu behaupten, und darüber hinaus etwa noch daß die Uebereinstimmung im Zunehmen sei, daß es die Tendenz der Bewegung unseres Strafrechts zu sein scheine, dasselbe immer mehr jenen Principien entsprechend zu gestalten. Die Theorie ist als Abstraction aus dem ganzen Recht zu erfassen, und die Richtigkeit der Abstraction bei der Betrachtung der einzelnen Theile nachzuweisen. Auf den Streit der Theorieen wie er oft geführt ist habe ich mich hiebei nicht einzulassen, denn ich behaupte weder daß meine Theorie jeglichem Strafrechte noch daß sie einem etwaigen besten Strafrechte zu Grunde liege. Nur den Zusammenhang mit dem bestehenden Deutschen Strafrechte möchte ich aufdecken. Ich muss also entwickeln was als Consequenz der Theorie sich ergiebt, und dies den einzelnen in Deutschland anerkannten Rechtssätzen gegenüberstellen.

Soviel über das was ich zu thun mir vorgesetzt habe. Das Deutsche Strafrecht, wie es in den einzelnen neuen Strafgesetzbüchern enthalten ist, soll zusammengefasst, mit dem alten gemeinen Deutschen Strafrecht den Resultaten der Deutschen Wissenschaft und endlich mit den Consequenzen derjenigen Straftheorie verglichen werden, welche ich in angegebener Art als die Basis des heutigen Rechts betrachte. Noch ein paar Worte über das was ich nicht anstrebe. Ich verzichte auf Vollständigkeit, auch auf die mögliche relative annähernde Vollständigkeit, die ohne meine Zwecke wesentlich zu fördern mich zwingen würde überflüssigen Ballast aufzunehmen. So beabsichtige ich nicht alle je angeregten Special-

§ 6. fragen zu discutiren, sondern nur auf die Hauptlehren des Criminalrechts mich zu beschränken. Ferner werde ich regelmäßig nur die Gesetzbücher nicht die diese im einzelnen fortbildenden Specialgesetze berücksichtigen. Ebenso werde ich auch die Entscheidungen der Praxis nur beiläufig oder wo besondere Gründe mich bestimmen, in Betracht ziehn. Auch die Doctrin werde ich nur gleichsam an den Spitzen berühren, der Entstehung und Ueberlieferung doctrineller Anschauungen nur ausnahmsweise nachgehn. Dies alles aus dem sehr einfachen Grunde weil eines sich nicht für alle schickt. Es giebt Arbeiten bei denen alles auf die sorgfältigste Ausführung der Details ankommt; das Bild aber, das ich hier geben wollte, konnte nur mit kecken und groben Strichen gezeichnet werden.

Erstes Buch.

Begriff und Begrenzung des Strafrechts.

Begriff und Begrenzung des Strafrechts.

§ 7.

Staat, Strafgewalt, Strafrecht.

Das Strafrecht bezieht sich auf die Behandlung der Verbrechen, dem Verbrechen soll die Strafe folgen. Der Begriff des Verbrechens aber steht im innigen Zusammenhange mit dem Begriff des Staats. Nur wer diesen zu Grunde legt, kann jenen feststellen. Der Staat ist nichts willkürlich geschaffenes; nicht eine Anstalt, ein Mittel diesem und jenem Zwecke zu dienen, so daß wenn der Zweck einmal auf andere Weise besser zu erreichen wäre, oder vielleicht ganz fortfiele, wir auch der staatlichen Ordnung uns entschlagen dürften. Die Existenz der Staaten auf der Erde ist nothwendig, dem Göttlichen Willen entsprechend. §7.

Von Gott ist der Trieb zur Vereinigung mit andern gleichartigen Wesen in die Natur des Menschen gelegt. Dieser Trieb führt die Entstehung von Familien und Stämmen, wie von Völkern und Staaten herbei. All diese Verbindungen finden ihren letzten Grund nicht in dem Willen der Betheiligten; die höhere das innere eines jeden still beherrschende Macht zwingt alle sich zusammenzufügen. Aus der innern Nothwendigkeit fließt auch die Ordnung dieser Vereinigungen. Menschen sollen sich nicht zu-

§ 7. sammenthun wie das liebe Vieh, in Heerden, wo ein Kopf soviel und sowenig gilt wie der andere. Eine Gliederung der Verbindung ist ebenso nothwendig wie die Verbindung selber.

Trotz dieser alle beherrschenden Nothwendigkeit aber können und müssen die einzelnen menschlichen Vereinigungen verschieden sein von einander, wie die einzelnen Menschen verschieden sind. Diejenigen dieser Verbindungen, die frei handlungsfähig sind, nennen wir Staaten. Zwei Voraussetzungen sind daher von dem Begriff des Staats untrennbar. Die Gliederung der Gemeinschaft muss fest geregelt sein, so daß bei ihr ein Wille, als Kern der Handlungsfähigkeit, anzunehmen ist. Und ferner: die Gemeinschaft muss Kraft haben ihren einheitlichen Willen äusserlich frei zu bethätigen. Natürlich ist diese Freiheit des Staats nur eine relative. Der Staat ist den Göttlichen Geboten untergeben wie der einzelne Mensch, und beschränkt in seiner Handlungsfähigkeit durch die Beschaffenheit der Kräfte, über die er verfügt. Aber das ist bezeichnend für das Wesen des Staats, daß er überhaupt Kräfte hat seinen Willen zu äussern, und daß im Gebrauch dieser Kräfte er nicht von andern irdischen Gewalten abhängig ist.

Der Staat also ist das Product eines in die menschliche Natur gesetzten Triebs, der zur Vereinigung und weiter dahin drängt, die entstandenen Vereinigungen immer besser zu ordnen und fester zu schließen. Mit der menschlichen Natur ist die Nothwendigkeit der Staatenbildung gegeben. In dieser Nothwendigkeit liegt mehr als eine einfache Rechtfertigung der Existenz. Das Dasein des Staats an und für sich ist dem Göttlichen Willen gemäß, ganz abgesehn von der Nützlichkeit des Staats; selbst da wo der Staat mit seinen Handlungen wider den höchsten Willen verstieße. Hiermit darf nicht gesagt sein, daß es genüge für den Staat zu existiren, daß er keine andere Pflicht zu erfüllen habe, als die sich selber zu erhalten. Ungenutzt zu ruhen ist überall nicht die Bestimmung

der Kraft. Und weil der Staat Kräfte besitzt und über sich keine §7.
höhere Gewalt auf Erden anerkennt, darum muss er die ihm verliehenen Kräfte aus eignem Antrieb gebrauchen. Kein dritter darf dem Staat gebieten ob und wie er handeln soll; selber trägt er die Verantwortung für was er thut und was er unterlässt.

Sonach ist anzuerkennen daß der Staat, obwol er mehr ist als nur Mittel zum Zweck, doch Zwecke zu verfolgen hat. Welche Zwecke dies seien, welche Aufgaben der staatlichen Thätigkeit gestellt werden, ist nicht mit kurzem abgethan. Das freilich mag man bald sehn, daß verschiedene Staaten auch verschiedene Aufgaben zu lösen haben, und daß dennoch diese Aufgaben in vielem und wichtigem übereinstimmen. Noch deutlicher ist daß mancherlei überall nicht zu den Aufgaben des Staats gezählt werden kann. So ist die Sorge für das rein geistige und ideale nirgends Sache des Staats; es fehlt dem Staat an Organen um hier förderlich eingreifen zu können. Auch was einzelne Menschen, und was kleinere Vereine innerhalb des Staats zu besorgen geschickter sind als der Staat, wird er wohl thun diesen zu überlassen. In ähnlicher Weise mag man noch viel andres der Thätigkeit des Staats entziehn; was dann dem Staat zu thun bleibt, lässt sich logisch in zwei Gruppen zusammenordnen: der Staat soll befördern was seinem Wesen entspricht, bekämpfen was diesem widerstrebt.

Was dem Staat so feindlich entgegentritt, das kann wieder mannigfaltig geartet sein. Wir sehn daß zuweilen ein Staat wider Naturereignisse ankämpft, z. B. daß Maßregeln getroffen werden, Seuchen dem Lande fern zu halten. Häufiger sind es Handlungen der Menschen, denen der Staat entgegenwirken muss. Nach der Art des Angriffs ist natürlich auch die Reaction des Staats verschieden. Wo der Angriff auf die Handlung von Menschen zurückzuführen ist, macht sich zumal der Unterschied geltend, ob die angreifenden irgend wie der Gewalt des Staats untergeben sind,

§ 7. oder unabhängig von dieser Gewalt dastehn. Feindliche Angriffe der letzteren Art lassen wir unberücksichtigt; prüfen wir dagegen wie der Staat den Handlungen der eigenen Staatsglieder entgegenzutreten hat, die er als seinen Zwecken zuwiderlaufend erkennt.

Der Staat gebietet über die Kräfte aller einzelnen, die ihm angehören. Nur das rein geistige ist auch hier dem Staat entzogen. Der Staat hat thatsächlich nicht die Macht eine Ueberzeugung, einen Gedanken zu erzwingen. Aber die Kräfte der Einzelnen, welche in die Sinnenwelt bewegend eingreifen, müssen der höhern Gewalt des Staats sich unterordnen. Nicht daß der Einzelne verpflichtet wäre seine Kräfte überall und immer für den Staat zu gebrauchen; aber wenn der Staat sie fordert, dann soll der Einzelne diese Kräfte ihm überlassen, Leben und Güter so vollständig wie der Staat sie begehren mag, ohne selbst zu prüfen ob der Staat guten Grund zum fordern hat. Zum Richter über den Staat darf kein Einzelner sich machen wollen.

Positive Förderung seiner Zwecke durch die Handlungen des Einzelnen hat der Staat nur da zu erwarten wo er ein entsprechendes Verlangen irgendwie geäussert hat; denn die Kräfte sind ja dem Einzelnen nicht ausschliesslich dazu verliehn für den Staat zu arbeiten. Aber diese Kräfte sind auch nicht dazu bestimmt dem Staate entgegenzuwirken. Der Staat kann verlangen und muss verlangen daß der Einzelne alles unterlasse was den Staatszwecken zuwiderliefe. Es folgt dies unmittelbar aus der Verpflichtung des Staats gewissen Zwecken zu dienen, und aus seiner Herrschaft über die Kräfte der Staatsglieder. Welches die Staatszwecke seien, was denselben widerstrebe, darüber mag es nach Umständen einer Belehrung seitens des Staats bedürfen; aber daß der Einzelne seine Kräfte nicht dem Staate entgegen verwende, ist eine Anforderung die überall gleichmäßig besteht, auch wo sie vom Staate nicht besonders aufgestellt wäre. Der Staat darf seinen Unter-

thanen nicht gestatten so zu handeln, daß die allgemeinen Staats- §7.
zwecke dadurch gefährdet würden. Und wenn der einzelne dennoch zum Schaden des Ganzen handelt, so muss der Staat hiewider reagiren. Es fragt sich wie?

Der Staat gebietet nicht so unmittelbar über die Kräfte der einzelnen, wie der Mensch über Naturkräfte, die er sich unterworfen hat. Die Kraft des einzelnen im staatlichen Verbande soll von dem Willen dieses einzelnen bewegt werden, nur für die Richtung des Willens sollen die Gebote des Staats Norm geben. Der Staat in Ausübung seiner Gewalt vernichtet die Freiheit des einzelnen keineswegs, im Gegentheil er setzt sie voraus und benutzt sie, ähnlich wie das Band der Obligation einen Verpflichteten voraussetzt, der frei zu handeln vermag. Bei jeder Freiheit ist Misbrauch möglich. Allgemein menschliches Gefühl sagt uns, daß solcher Misbrauch dem, von dem er ausgeht, Schaden bringen müsse.

Gott hat dem Menschen Freiheit gegeben die eigenen Kräfte selber, dem Göttlichen Willen gemäß, zu gebrauchen. Verstoß wider den Göttlichen Willen ist der Freiheit wegen nicht unmöglich, er erscheint als Misbrauch der Freiheit. Wir nennen ihn Sünde, und unsere durch die Offenbarung gekräftigte Ueberzeugung geht dahin, daß die Sünde nach Göttlichem Rathschluss das Verderben des Sünders nach sich ziehn müsse. Dies Unheil, das als nothwendige Folge der Sünde uns erscheint, nennen wir die Göttliche Strafe.

Der Staat, der Göttliches Ursprungs ist, soll seine Gewalt regeln nach dem Vorbilde des allmächtigen Schöpfers. Während der Göttliche Wille die ganze menschliche Kraft umfasst, gebietet der Staat nur über einen Theil der Kräfte seiner Angehörigen. Nur diese Kräfte sollen dem Staatswillen gemäß, aber auch nicht durch den Staatswillen bewegt werden. Der einzelne kann diese Kräfte auch wider den Staatswillen gebrauchen; aber dieser Ge-

§ 7. brauch wäre Misbrauch der Freiheit, die nach der staatlichen Ordnung dem einzelnen zusteht. Daß auch dieser Misbrauch der Freiheit von dem Schaden, der Strafe dessen, der Misbrauch gemacht hat, gefolgt sein müsse, und daß die Strafe ausgehn müsse von dem, wider den der Misbrauch sich gerichtet, das ist überall das Bewusstsein der gesunden Menschennatur, das in den Lehren des Christenthums Bestätigung findet. Wo also der einzelne dem Staatswillen zuwiderhandelt, da soll der Staat ihn strafen.

Man kann der Strafe zwiefache Bedeutung zuschreiben. Vom Standpunkte des Staates aus betrachtet, bekundet die Strafe zunächst daß der Staat eine gewisse Handlung als seinen Zwecken widerstrebend, und damit zugleich seine Pflicht ihr entgegenzutreten erkannt hat, und entschlossen ist dieser Pflicht zu genügen. Auch das spricht sich aus in der Anwendung der Strafe, daß der Staat denjenigen, von dem die Handlung ausgegangen ist, als seinen Untergebenen ansieht. Denn das ist überall die Bedeutung der Strafe, daß sie dem Misbrauch der Freiheit, die wir höherer Macht zu danken haben, als Vergeltung folgt. Von der Freiheit ist die Möglichkeit des Misbrauchs untrennbar, daß Handlungen der einzelnen vorkommen, die den Staatszwecken zuwiderlaufen ist unvermeidlich; darum kann dieses Vorkommen selber dem Ansehn des Staats keinen Eintrag thun. Aber der Misbrauch der Freiheit darf sich nicht behaupten wider die höhere Macht, sonst wäre dieses nicht mehr die höhere Macht. Und Strafe ist eben die Reaction, die das Ansehn der höheren Macht gegen den die Freiheit misbrauchenden wieder zur Geltung bringt. Durch die Strafe soll nicht der äussere Schaden ausgeglichen werden, wie dies angemessen erscheinen dürfte, wenn die Verletzung der Staatsordnung ausgegangen wäre von irgend einer außerhalb des Staats befindlichen Kraft; durch die Strafe wird der Wille dessen gebrochen, der es gewagt hatte mit dem Staat in Widerspruch zu treten, er wird

gezwungen den Widerspruch aufzugeben, die höhere Gewalt des §7.
Staats wiederanzuerkennen. Wo der Staat ihm zuwiderlaufende Handlungen seiner Angehörigen nicht straft, bekennt er daß er die ihm gebührende Gewalt über jene wenigstens zeitweilig verloren hat; straft er aber, so stellt er seine alte Machtfülle wieder her, er zwingt die Kraft des einzelnen zurück in die Vereinigung, der sie angehört, und aus der sie nach Belieben herauszutreten nicht befugt ist.

Im innigsten Zusammenhange hiemit steht die Bedeutung der Strafe für den einzelnen, den gestraften. Er hat Kräfte, die er gebrauchen konnte nach Belieben, gebrauchen sollte nicht wider den über ihm stehenden Staat, wider diesen angestrengt; durch die That hat er das Dasein der höhern Gewalt verleugnet. Dieses Widerstreben wird aufgehoben durch die Strafe, der einzelne wird wieder mit dem ganzen versöhnt und vereinigt. Nicht freilich wie eine Vereinbarung zwischen gleichberechtigten möglich wäre, von denen jeder etwas nachgäbe; der Staat bleibt unverrückt nur der einzelne kehrt zurück von dem Abwege, den er eingeschlagen hatte. Für das Strafübel wird ihm das Unrecht, dessen er sich schuldig gemacht, sinnlich zum Bewusstsein gebracht, und das Bewusstsein des Unrechts wird zur Sühne der Schuld.

So erklärt sich die Strafgewalt oder, was nicht minder richtig, die Strafpflicht des Staats seinen Unterthanen gegenüber. Damit haben wir die Grundlage gewonnen, auf welcher der Begriff des Verbrechens zu construiren ist. Doch können wir diese Construction nicht schon ohne weiteres beginnen. Nicht gegen alle seinen Zwecken widerstrebende Handlungen der untergebenen reagirt der Staat mit Strafe, und nicht alle Handlungen, die der Staat straft, sind Verbrechen, wenigstens nicht im juristischen Sinn des Worts.

Der Staat ist kein ideales Institut, dessen alleinige Aufgabe

§ 7. wäre gewisse Gedanken mit allen Consequenzen zu verwirklichen. Damit wird nicht des Staats hoher Beruf geleugnet, nur hervorgehoben daß der Staat überall die gegebenen Verhältnisse zu berücksichtigen hat, und daß er das ideal richtige und consequente nur soweit in das Leben rufen kann, wie eben das Leben auch hiefür platz hat. Jede Auflehnung wider den Staat, auch der kleinste Ungehorsam verdient Strafe, er findet sie in tausend Fällen nicht. So fällt die Strafe vielfach aus, wenn der Staat auch ohne sie glaubt auskommen und den Ungehorsamen auf anderem Wege zur Erkenntnis und Erfüllung seiner Pflicht bringen zu können. Renitenz wird häufig nicht mit Strafe geahndet, nicht weil die Strafe nicht verdient wäre, sondern nur darum weil der Staat es seinen praktischen Zwecken angemessener glaubt die Renitenz auf anderem Wege, etwa durch Vollstreckung der Execution zu brechen.

Aus äußeren Gründen also macht der Staat nicht in allen Fällen Gebrauch von seiner Strafgewalt wider das principiell Strafbare. Aber auch nicht all das Strafbare, das wirklich gestraft wird, fällt unter den Begriff des Verbrechens. Wenn der Landesherr in dessen Hand die Staatsgewalt sich vereinigt, oder wenn der General, der allein seinem Könige verantwortlich ist, Rebellen niederschießen lässt ohne zu fragen welche Strafe das Gesetz der Rebellion droht, so können wir solche Handlungen als heilige Pflichterfüllung anzuerkennen, als Bethätigung der ursprünglichen und unveräusserlichen Strafgewalt zu achten haben, vorausgesetzt daß die Umstände wirklich die Anwendung dieser ausserordentlichen Maßregeln erheischen. Und ob im einzelnen Falle die Umstände dies thun, darüber steht keinem Gerichte, überhaupt keinem einzelnen Organe des Staats noch gar einem einzelnen Staatsgliede die Entscheidung zu, sondern nur der höchsten Staatsgewalt selber. Was so gestraft wird ist kein Verbrechen in der juristischen Bedeutung, diese Handhabung der Strafgewalt ist keine rechtliche. Die

freie durch kein Gesetz gebundene Strafgewalt darf der Richter so § 7.
wenig ausüben wie er sie zu leugnen vermag.

Das Verbrechen setzt ausser der Strafgewalt das Dasein eines Strafrechts voraus, denn Verbrechen nennen wir nur diejenigen Straffälle, gegen welche die Gerichte einzuschreiten haben. Schon oben (§ 3) ist dargelegt worden daß die rechtliche Ordnung mit dem Wesen der Strafgewalt nicht zum besten sich verträgt, daß aber dennoch aus praktischen Gründen es nützlich ja nothwendig ist, die gewöhnliche Uebung der Strafgewalt an feste Regeln zu knüpfen. Nur diese geregelte Uebung der Strafgewalt ist den Richtern übertragen. Wir müssen also den Ausdruck Verbrechen beschränken auf diejenigen den Staatszwecken zuwiderlaufenden Handlungen der Unterthanen, die nach Rechtsvorschrift strafbar sind. Will man das Wort Gesetz im weiten Sinn verstehn, so kann man sagen, Verbrechen sei die vom Gesetz bei Strafe verbotene Handlung.

Recapituliren wir. Wie der Staat an sich nothwendig ist, so hat er nach Göttlichem Gebot gewisse Zwecke zu verfolgen. Er gebietet über die Kräfte, wenigstens über einen Theil der Kräfte der einzelnen Menschen, die in ihm verbunden leben. Er soll diese Kräfte zu seinen Zwecken gebrauchen ohne darum die Freiheit des einzelnen zu vernichten. Dieselben Kräfte, die dem Staat dienstbar sind, sollen auch noch zu andern als zu Staatszwecken verwendet werden, nur daß wo der Staat sie in Anspruch nimmt, diesem kein andrer Anspruch vorgehn darf. Dem Staat zuwider darf kein Einzelner seine Kraft gebrauchen. Aber die Möglichkeit auch zu solchem Gebrauch bleibt dem einzelnen in der Freiheit, die der Staat ihm läßt und lassen muss, weil der Mensch nicht bestimmt ist blos Werkzeug des Staates zu sein. Der Einzelne hat Pflichten gegen den Staat, er hat Freiheit, die ihm die Möglichkeit giebt diese Pflichten zu erfüllen, zugleich aber auch die Möglichkeit dieselben

§7. zu verletzen. Die Strafe soll die Pflicht gegen die Verletzung wiederherstellen, könnte die Verletzung sich dauernd behaupten, so wäre der Begriff der Pflicht ein leerer. Der Staat hat also zu strafen wo irgend der einzelne einer Pflichtverletzung sich schuldig macht. Aber auch zum strafen hat der Staat keine andern Kräfte als die seiner einzelnen Untergebenen. Auch die Bestrafung kann ausarten den Interessen des Staats zuwider vorgenommen werden. Größeren Abweichungen vorzubeugen werden feste Regeln für die Uebung der Strafgewalt aufgestellt, bindend für diejenigen die namens des Staats das Strafamt zu verwalten haben. So entwickelt sich aus der Strafgewalt ein Strafrecht, in das jene zum größeren Theil aufgeht. Seiner steifen Gliederung wegen kann das Strafrecht nicht alles an sich Strafbare erreichen, sondern nur dasjenige was schon bei der Ausbildung des Rechts als strafbar erkannt und der rechtlichen Behandlung unterworfen worden ist. Diesen Stoff auf den die strafrechtlichen Satzungen sich beziehn bilden die Verbrechen. Um das Strafrecht kennen zu lernen müssen wir zunächst in das Wesen der Verbrechen einzudringen suchen.

---

§ 8.

Verbrechen.

§8. Verbrechen sind Handlungen. Handlungen sind Willensäusserungen. Verbrechen können also nur ausgehn von willensfähigen, und setzen überdies voraus daß der im allgemeinen willensfähige im einzelnen Falle Gebrauch gemacht habe von seinem Willen. Verbrechen sind Handlungen die den Staatszwecken zuwiderlaufen, und daher von Staatswegen bei Strafe verboten sind. Da der Staat nicht selber rein geistiger Natur ist, so kann auch seinen Zwecken nur zuwiderlaufen was irgendwie auf die Sinnen-

welt einwirkt. Verbrechen müssen stets einen gewissen äußeren § 8.
Erfolg haben.

Wir verstehn unter dem Willen die Fähigkeit des menschlichen Geistes, alle andern menschlichen Kräfte nach freier Selbstbestimmung zu gebrauchen, der Wille ist das bewegende Princip der Kraft. So kann man von Handlungen reden die geistiger Natur sind, wo nämlich der Wille nur rein geistige Kräfte zur Thätigkeit angeregt hat. Nichts wehrt den Gedanken als Handlung zu erfassen. Aber das sind nicht die Handlungen, um die der Staat sich kümmert. Gedanken als solche helfen und schaden dem Staate nichts. Nur wo der Wille in Bewegung auch körperlicher Kräfte sich äussert, kann die Handlung für den Staat Bedeutung haben. Jede Handlung der Art übt einen gewissen Einfluss aus auf die den einzelnen umgebende Sinnenwelt. Zu jedem wirklichen Verbrechen aber gehört nicht blos eine Handlung, geeignet an sich auf die Sinnenwelt einzuwirken, sondern auch irgend ein Stück realer Einwirkung. Es giebt kein Verbrechen, das nicht irgend welche Veränderung in der den Verbrecher umgebenden Menge körperlicher Dinge hervorriefe.

Ernster Widerspruch gegen die Behauptung, daß jedes Verbrechen wie eine Handlung des Thäters, so einen gewissen äussern Erfolg dieser Handlung voraussetze, kann nicht bestehn. Dennoch weil gerade auf diese Annahme später weitere Folgerungen gebaut werden sollen, mag sie gleich hier näherer Prüfung unterworfen werden. Daß nur Handlungen, die ihrer Beschaffenheit nach im Stande sind auf die Aussendinge einzuwirken, nicht auch Gedanken als Verbrechen gelten können, ist zweifellos. Daß Handlungen von dieser Beschaffenheit aber, wo sie wirklich in das Leben treten, immer welche Veränderungen der äusseren Sinnenwelt nach sich ziehn, ist, wegen des unmittelbaren Zusammenhangs in dem alles körperliche mit anderem körperlichen steht, ebenso unbestreitbar.

§ 8. Jede Bewegung eines Körpers bringt andere Körper in Bewegung, zum mindesten die Luft die den ersten Körper umschließt. Also daß jede verbrecherische Handlung einen äussern Erfolg haben müsse, das scheint unleugbar zu sein, nur könnte in Zweifel gezogen werden ob dieser Erfolg stets zu dem Begriff des Verbrechens zu rechnen sei. Ein Verbrechen kann weit greifenden Erfolg haben, und es kann dabei auf der Hand liegen, daß ein großer Theil dieses Erfolgs für die Beurtheilung des Verbrechens bedeutungslos ist. In der Nacht wird die Kasse des Kaufmanns gestohlen, der am folgenden Morgen große Zahlungen leisten sollte. In Folge des Diebstahls kommt er in Concurs. Sein Fall zieht den andrer Häuser nach sich. Viele verlieren das ihrige, einige an den Bettelstab gekommen werden zu Verbrechern. Für die Beurtheilung des Diebstahls sind aber diese Folgen ganz indifferent, sie dürfen nicht unter den Begriff dieses Verbrechens gezogen werden. Aehnliches kann leicht auch bei anderen Verbrechen platz greifen.

Wir sehn also: jedem Verbrechen folgen Veränderungen der Aussenwelt, von denen viele für den Bestand des Verbrechens unwesentlich sein können. Nun fragt sich, ob die Folgen auch sämmtlich unwesentlich sein können, oder ob ein gewisser äusserer Erfolg überall zu dem Begriff des Verbrechens gehört, so daß das Verbrechen nur da anzunehmen ist, wo eben der Erfolg eintritt. Daß ein solcher bestimmter Erfolg wirklich jedem Verbrechen unentbehrlich ist, dürfte sich beweisen lassen.

Am deutlichsten ist die Unentbehrlichkeit des Erfolgs bei den Verbrechen, wo der betreffende Erfolg regelmäßig erst eintritt, wann der Thäter längst zu handeln aufgehört hat. So bei Tödtung und Brandstiftung. Eine Tödtung ist undenkbar wann niemand gestorben ist. Bei der Brandstiftung mag man streiten was Brand sei, aber wo gar nichts ins brennen gerathen ist, liegt sicher keine Brandstiftung vor. Das Eintreten des Todes und das Ausbrechen

des Brandes sind zweifellos nicht Theile der betreffenden Handlungen der Thäter, sondern Folgen dieser Handlungen. Ein Erfolg von dessen Eintreten die Annahme des Verbrechens abhängig ist. § 8.

Bei andern Verbrechen kann der Erfolg mit der Handlung in denselben Zeitabschnitt zusammenfallen. So bei Körperverletzung, strafbarer Unzucht, Fälschung und sonst vielfach. Aber auch hier wird wenigstens bei den Verbrechen, deren Erfolg sich in Spuren zu bekunden pflegt, niemand im Zweifel darüber sein, daß der Erfolg von der Handlung zu scheiden und für den Begriff des Verbrechens wesentlich sei. Keine Körperverletzung ohne daß der Körper eines dritten Schaden nimmt, keine Fälschung ohne daß irgend etwas zur Teuschung dritter geeignetes gefertigt wird. Etwas minder klar ist der Sachverhalt bei denjenigen Verbrechen, deren Erfolg bleibende Spuren nicht zu hinterlassen braucht. Der Art sind Hochverrath, manche Fleischesvergehn, Injurien. Aber auch hier wird man bei schärferem Sehn Handlung und Erfolg unterscheiden, und diesen als nothwendig erkennen. Bei Incest, Ehebruch, Sodomie pflegen Handlung und Erfolg in einen Augenblick zusammenzufallen, und Spuren der Handlung nicht zu bleiben. Aber zu dem Handeln des Thäters muss doch ein Leiden eines fremden menschlichen oder thierischen Körpers hinzukommen, und dies Leiden kann nicht als That, nur als Erfolg der Handlung erfasst werden. Bei dem Hochverrath ist ein Schaden des Staats, bei der Injurie eine wirkliche Minderung der Ehre des beleidigten nicht erforderlich. Nichtsdestoweniger setzen auch diese Verbrechen ein bestimmtes Quantum äusseres Erfolgs voraus, wenigstens soviel um später die Handlung vor dem Richter zu beweisen. Hochverrätherische und injuriöse Gedanken sind keine Verbrechen; sie werden dies erst sobald sie äusserlich zur Erscheinung kommen. Ausgesprochen oder aufgeschrieben könnten sie eher als Verbrechen gelten. Aber daß wirklich ein Wort klingt, daß Schallwellen sich

§8. bilden, ist schon ein von der Handlung des Thäters selber zu scheidender Erfolg. Ebenso ist das gefertigte Schriftstück nicht als Theil der Handlung zu erfassen. Uebrigens dürfte die einfache Aeusserung der betreffenden Gedanken, obwol schon diese einen gewissen Erfolg umschliesst, doch zur Annahme der genannten Verbrechen selten genügen. Es bedarf noch weiteres Erfolgs, die Aeusserung muss früher oder später irgend wie zur Kenntnis dritter gelangt sein. Wer auf hohem Berge den Winden allein sein Herz ausschüttet, oder wer was er eben niedergeschrieben sofort den Flammen übergiebt, der dürfte, auch wenn er später was er gethan dem Richter gestehn sollte, nicht leicht als Hochverräther oder Beleidiger bestraft werden. Kein Zweifel also darf darüber uns bleiben, daß auch diese Verbrechen ohne Erfolg nicht bestehen können.

Wir haben bis jetzt nur den Erfolg beachtet, den die verbrecherische Handlung auf die Umgebungen des Thäters ausübt. Die Beschaffenheit dieses Erfolgs, besonders wie wir denselben von der Handlung zu unterscheiden haben, ist später erst näher zu bestimmen. Neben diesem äusseren zieht jede strafbare Handlung aber noch einen andern Erfolg nach sich, den wir im Gegensatz wol den „persönlichen" Erfolg der Handlung nennen dürfen. Der äussere Erfolg bekundet sich in der Veränderung von Aussendingen, von Körpern, auf welche die Handlung einwirkt. Aber die Handlung wirkt auch auf die Person des Handelnden selber und diese Wirkung soll der Ausdruck „persönlicher Erfolg" bezeichnen. Durch das Verbrechen wird der Verbrecher schlechter in den Augen des Staates, ein dem Ganzen weniger nützliches Glied als er zuvor gewesen. Freilich setzt jedes Verbrechen eine gewisse Praedisposition zum Bösen voraus, aber dadurch daß eben in der strafbaren That der Sieg des Bösen über das, was bisher seine Wirksamkeit gehemmt hatte, sich vollendet, wird der Thäter noch schlechter als er schon zuvor gewesen. Und da der Staat ein äusserliches Reich ist,

und darum die blos in der Gesinnung beruhende Praedisposition §8.
nicht beachten kann, so muss von ihm die durch das Verbrechen handgreiflich bewiesene persönliche Schlechtigkeit des Thäters desto mehr berücksichtigt werden.

Bei manchen Verbrechen tritt dieser persönliche Erfolg sehr klar hervor, und ist dem äusseren Erfolge an Bedeutung nicht selten sichtlich überlegen. Sodomie, Incest und andere Unzuchtsvergehn pflegen, wenn nicht zufällig öffentlicher Scandal entstanden ist, von sehr geringem äusseren Erfolge begleitet zu sein; auch Hochverrath und Meineid bedingen äusserlich wenig Erfolg. Aber desto gewichtiger sind die Folgen für den Handelnden selber. Wer sich selber den bösen Gelüsten preisgegeben, die Kraft des Widerstandes in sich vernichtet hat, mit klarem Bewusstsein irgend einen eigennützigen Zweck hat höher stellen können als die Pflichten wider den Staat, der muss fortab als unnützes Glied des Staatskörpers gelten, das dieser von sich abhauen sollte. So in den schwersten Fällen. In leichteren bleibt wol noch von dem ursprünglichen Werthe übrig, aber etwas von dem früheren Werthe geht durch jedes Verbrechen und durch jede strafbare Handlung verloren. Ganz ohne diesen persönlichen Erfolg ist ein Verbrechen so wenig zu denken, wie ganz ohne äusseren Erfolg. Daß aber das Verbrechen überhaupt Erfolge der einen und der andern Art haben müsse, genügt nicht zur scharfen Abgrenzung desselben von andern Handlungen.

Verbrechen sind Handlungen die den Staatszwecken, den Staatsinteressen zuwiderlaufen. Was aber den Staatszwecken widerstrebt ist nicht sowol die Handlung an sich, als der Erfolg den sie nach sich zieht; dies ergiebt sich aus der äusserlichen Natur des Staats selber, sonst müsste die ganz erfolglose Handlung, auch der Gedanke zum Verbrechen werden können. Wie muss der Erfolg geartet sein damit er als den Staatszwecken feindlich zu be-

§ 8. trachten sei? Die Antwort hierauf hängt offenbar von der Beschaffenheit der Staatszwecke ab. Unterlassen wir, für jetzt wenigstens, was uns doch hier zu weit führen würde, die eingehende Erforschung dieser Zwecke, halten wir uns einstweilen nur daran, daß es überhaupt dergleichen Staatszwecke giebt. Was widerstrebt diesen? Nur was wirklich den Staat an der Erreichung seiner Zwecke hindert, was ihn bei seinem Streben wirklich hemmt, oder auch was ihn zu hindern und hemmen zwar an sich geeignet ist, im besonderen Falle aber aus irgend welchen Gründen diese Wirkung nicht hat. Mit andern Worten: muss das Verbrechen dem Staat wirklichen Schaden bringen? oder sind auch nur gefährliche Handlungen als Verbrechen zu erfassen?

Die praktische Bedeutung unserer Frage ist nicht in Abrede zu stellen, auch hat das praktische Recht die Antwort längst gefunden, wogegen die Theorie oft über Bedenken und Zweifel nicht hinausgekommen ist, oder gar die richtige Antwort verleugnet hat. Strafbar sind die gefährlichen Handlungen so gut wie die schädlichen. Nur darauf kommt es an, daß die Handlung eine den Staatszwecken widerstrebende Richtung verfolge, nicht daß sie in dieser Richtung wider den Staat wirklich etwas durchsetze. Daß das praktische Recht dies anerkennt, das ergiebt sich schon aus der Bestrafung des Versuchs. Es ergiebt sich ferner daraus daß, wenn im einzelnen Falle das vollendete Verbrechen dem Staate nicht geschadet sondern zweifellos genutzt hat, trotzdem daß ein solcher prosper eventus delicti eingetreten, gestraft wird. Bei einer Reihe von Verbrechen, zumal bei dem Hochverrath, pflegt gerade in den Fällen wo gestraft wird der reale Schaden des Staates sehr gering und doch die Strafe schwer zu sein, weil nicht auf die Schädlichkeit sondern auf die Gefährlichkeit der Handlung gesehn wird.

Und dies von dem geltenden Recht angenommene Resultat

muſſ auch theoretiſch gebilligt werden. Schädlich nennen wir die Handlung, deren Erfolge den Staatsintereſſen poſitiv Abbruch thun; gefährlich, deren Erfolge nicht ſo weit reichen, aber wol geeignet ſind weitere ebenſo ſchädliche Folgen an ſich zu knüpfen. Für die Beſtrafung auch des Gefährlichen ſpricht zunächſt ein praktiſcher Grund: daß wir in unzähligen Fällen nicht im Stande ſind den Schaden des Staats zu bemeſſen, nicht einmal das feſtzuſtellen vermögen ob überhaupt die Handlung mit ihren Folgen dem Staate geſchadet oder genützt hat. Wir überblicken die Folgen nicht ſämmtlich, noch weniger was geſchehen ſein würde wenn die Handlung unterblieben wäre. Aber das pflegt in den meiſten Fällen leichter erſichtlich zu ſein, ob die Richtung der Handlung eine den Staatszwecken entgegenlaufende, ob die Handlung an ſich angethan iſt Staatsintereſſen zu verletzen. Ein anderer Grund liegt tiefer. Der Staat will die Schuld ſtrafen, die Schuld aber iſt bei dem der die gefährliche Handlung vornimmt nicht geringer als bei dem der durch ſeine Handlung wirklich ſchadet, vorausgeſetzt daß beide gleich klar ſahen über das was ſie thaten. Wer bewuſſt zur gefährlichen Handlung ſich entſchlieſſt, der weiſſ daß ſeine Handlung möglichen Falls dem Staat ſchädliche Wirkungen nach ſich ziehn wird, und mehr weiſſ auch wer dies ſchädliche Thun unternimmt nicht, auch er ſieht die ſchädlichen Erfolge nur als mögliche vorher; etwas als gewis, als nothwendig vorherzuſehn iſt dem menſchlichen Auge überall nicht gegeben. Einer wie der andere lehnt ſich damit wider den Staat auf, daß er handelt, während er doch ſieht daß ſeine Handlung dem Staate nachtheilige Folgen haben kann, und weiſſ daß er verpflichtet iſt ſeine Kräfte nirgend zum Schaden des Staats zu verwenden. In dieſer Auflehnung und Pflichtverletzung liegt die Schuld die der Staat ſtraft, und da auch der Entſchluſſ zur gefährlichen Handlung von dieſer Schuld nicht frei iſt, ſo darf auch eine Handlung der Art nicht ungeſtraft bleiben. Wollte der Staat § 8.

§8. nur das schädliche nicht auch das gefährliche strafen, so würde er, vorausgesetzt daß er wirklich beides durchgehend auseinanderzuhalten im Stande wäre, das Eintreten und Ausbleiben der Bestrafung von zufälligen, mit dem Willen des Thäters in keiner Beziehung stehenden Umständen abhängig machen.

---

§ 9.

Strafbare und sündhafte Handlungen. Rechtsverletzung?

§9. Was wir bisher zur Charakterisirung der Verbrechen angeführt haben, ist diesen mit allen andern seitens des Staats zu strafenden Handlungen gemein. Aus den an sich strafbaren Handlungen aber sind die Verbrechen hervorzuheben als diejenigen, bei welchen die Strafbarkeit von dem positiven Rechte anerkannt und geregelt ist. Die Verbrechen bilden nur eine, aber nach modernen Anschauungen die wichtigste Gruppe der strafbaren Handlungen. Ihre Abgrenzung wider die übrigen strafbaren Handlungen ist Sache des positiven Rechts, und daher je nach der Ausbildung dieses bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden. Dennoch haben wir die Abgrenzung nicht als eine rein willkürliche zu betrachten.

Daß strafbare Handlungen für Verbrechen nicht erklärt werden kann seinen Grund zunächst darin haben, daß diejenigen, von denen die Rechtsbildung ausgeht, um solche Handlungen überhaupt nicht wissen, nicht wissen daß derartiges je geschehen ist, und nicht vorhersehn was in Zukunft geschehn wird. Ferner kann der Staat die Handlungen selber zwar vorgesehn aber ihre Strafbarkeit nicht erkannt und darum dieselben als Verbrechen nicht bezeichnet haben. Oder endlich der Staat hat so gut die Möglichkeit wie die Strafbarkeit erkannt und dennoch die Handlungen nicht zu Ver-

brechen gemacht, die richterliche Bestrafung derselben ausgeschlossen, §9.
entweder weil er die Bestrafung überhaupt nicht, oder weil er die Bestimmung der Strafe durch den Richter nicht will. Schon oben ist bemerkt daß die Uebung der Strafpflicht des Staats nicht durch die Thätigkeit seiner richterlichen Beamten erschöpft wird, daß aber mit der Handhabung dieser nicht rechtlich geregelten Strafgewalt Bedenklichkeiten verknüpft sein mögen. Betrachten wir das jetzt geltende Recht, so finden wir sehr wenige Fälle wo der Staat vorgesehene strafbare Handlungen für Verbrechen darum nicht erklärt, weil er eine nicht von dem Richter zu bestimmende und nicht nach Rechtsregeln zu bemessende Bestrafung beabsichtigt. Daher hinsichts der als Verbrechen nicht aufgeführten Handlungen regelmäßig anzunehmen ist, daß dieselben gar nicht gestraft werden sollen.

Fragen wir was den Staat dazu berechtige eine Pflicht nicht zu erfüllen, die er als solche erkannt hat? Der Staat muss einsehen daß seine von Gott geordneten Pflichten, ganz so wie die des einzelnen Menschen, idealer Natur sind, daß die Kräfte nicht ausreichen ihnen vollkommen genüge zu thun. Hat er das erkannt, so wird er bald weiter entdecken, daß er nicht dann am meisten Pflichten erfüllt, wenn er darauf ausgeht je die einzelnen ganz vollständig zu erfüllen, sondern daß er weiter kommt wenn er gleich anfangs die eigene Gebrechlichkeit mit in Rechnung zieht, ausser den idealen Pflichten auch die reale Möglichkeit diese Pflichten zusammen, nicht blos eine oder die andere, zu erfüllen bedenkt. So muss er von vornherein dafür sich entscheiden einzelne ideale Pflichten unerfüllt zu lassen, um doch im ganzen der Lösung seiner Aufgaben sich möglichst zu nähern.

Der Staat hat zu bedenken daß jeder Strafact, der von ihm ausgeht, ihn etwas kostet, ein Theilchen Kraft in Anspruch nimmt, das sonst zu anderem benutzt werden könnte. Es ist die Kraft des

§9. namens des Staates Strafenden einerseits, die, während sie mit der Bestrafung, und vorher schon mit der Ermittelung der Schuld beschäftigt ist, dem Staat in anderer Art nicht nützlich werden kann; andererseits pflegen die meisten Strafen auch die Kraft des Gestraften dem Staate ganz oder doch auf Zeit zu entziehn. Wäre der Kräfte und Mittel des Staats eine unbegrenzte Fülle, er hätte um solche Ausgaben kein Bedenken zu tragen; da aber jede Staatskraft eine endliche ist, so muss erwogen werden ob die zur Bestrafung aufzuwendenden Mittel zu anderem Zwecke nöthiger gebraucht werden, und ob also der Staat durch Unterlassung der Bestrafung im einzelnen Fall in Stand kommt seine Pflichten im großen ganzen besser zu erfüllen. Der Staat wählt zwischen zwei Uebeln, der Nichterfüllung einer concreten Strafpflicht und der Verletzung anderer Pflichten, zu deren Erfüllung die erforderlichen Kräfte bei der Bestrafung verzehrt würden. Die Christliche Sittenlehre unterscheidet die Sünden nach ihrer Größe; von mehren Pflichtverletzungen ist die eine erheblicher als die andere, die Pflichten selber sind nicht alle gleich mächtig. Somit hat es nichts dem sittlichen Bewusstsein widerstrebendes, daß man für das eine Uebel sich entscheide dem andern zu entgehn, vorausgesetzt nur daß es kein unschuldigeres Mittel zu diesem Zwecke giebt.

Auch unter den strafbaren Handlungen können wir größere, mit höherer Strafe zu belegende, und kleinere unterscheiden. Die Masse der kleinsten Straffälle pflegt von dem Staat zu Verbrechen nicht gemacht, und überhaupt nicht gestraft zu werden. Nicht weil der Staat die Strafbarkeit nicht erkannt hätte, sondern aus Nützlichkeitsrücksichten; die Bestrafung nützt nicht soviel wie sie kostet, das heißt die Pflichtverletzung, deren der Staat durch die Nichtbestrafung sich schuldig macht, ist geringer als die, welche nothwendige Folge des Strafacts sein würde. Als Beispiele solcher kleinsten Straffälle mag etwa die einfache Hurerei und das

über die Grenzen der erlaubten Geselligkeit hinausgehende Trinken § 9.
und Spielen zu bezeichnen sein. Andere Straffälle dürften schon größer sein, aber dennoch meist auch ungestraft ausgehn, weil zugleich die mit der Feststellung der Schuld und der Vollstreckung der Strafe verknüpften Nachtheile wachsen; dahin liessen sich Onanie und andere widernatürliche Fleischlichkeiten zählen, die wenigstens in den meisten neueren Strafgesetzbüchern aus der Reihe der Verbrechen verschwunden sind.

Bisweilen aber kann nicht die Kleinheit des Vergehens als Grund gelten, der die Bestrafung ausschliesst, vielmehr sind es selbständige äussere politische Gründe, die dies erwirken. So gilt die Nothzucht allgemein als etwas schwer zu strafendes, nichtsdestoweniger ist ihr vielfach Straflosigkeit zugesichert, wenn die Gekränkte nicht selber Anklage erheben mag. Bei der Behandlung des Ehebruchs machen in ähnlicher Weise äussere Rücksichten sich geltend. Daß bisweilen Vergehungen besonders hochgestellter Personen der Kenntnisnahme des Strafrichters entzogen werden, ist wol ebenso zu rechtfertigen.

Eine allgemeine Regel hierüber, wann und aus welchen Rücksichten der Staat die Uebung seiner Strafpflichten aussetzen dürfe, und wie im einzelnen Falle die Größe dieses bestimmenden Moments zu der Größe der in der Nichtbestrafung liegenden Pflichtverletzung sich verhalten müsse, ist nicht aufzustellen. Nur das ist gewis, daß ohne genügenden Grund der Staat die Uebung seiner Strafpflichten nicht aussetzen darf. Was aber ein genügender Grund sei, darüber können die Ansichten in verschiedenen Staaten, und auch bei verschiedenen Vertretern desselben Staats verschieden sein.

Soviel über die Abgrenzung der Verbrechen wider die an sich strafbaren aber vom positiven Recht nicht berührten Handlungen. Es sind aber die sämmtlichen von Staatswegen strafbaren Han-

§ 9. dlungen, gleichviel ob Verbrechen oder nicht, wieder aus einer größeren Menge auszuscheiden. Das Gebiet der sündhaften Handlungen ist augenscheinlich ein weiteres als das der staatlich strafbaren. Sünde und Verbrechen sind schon oben mit einander verglichen, der Kern von beiden ist Misbrauch der Freiheit. Die Kräfte, deren freien Gebrauch Gott dem Menschen verliehn hat, werden gegen das Göttliche Gebot verwendet, das ist der Begriff der Sünde; der Staat aber soll strafen wann Kräfte des einzelnen, die seiner des Staats Oberherrlichkeit untergeben sind, über die aber freie Disposition dem einzelnen verblieben ist, gegen den Willen des Staats bewegt werden. Ebenso wie das übereinstimmende tritt das unterscheidende beider Begriffe zu Tage. Der Göttlichen Gebote sind unendlich viele, der Befehle des Staats ist beschränkte Zahl; von der Göttlichen Allmacht sind alle menschlichen Kräfte abhängig, dem Staat nur diejenigen untergeben, die in die äusseren Verhältnisse wirksam eingreifen. Also müssen der Sünden unendlich viel mehre sein. Wir bekennen daß die Göttlichen Gebote den Menschen beherrschen und bestimmen sollen in jedem Augenblick, in jeder Beziehung, in jeder Richtung und Bewegung seiner Kräfte. Keinerlei Handlung ist denkbar, die nicht unter dem Göttlichen Gebote stände. Aber der menschlichen Handlungen sind gar viele, die den Staat nichts angehn, die von Staatswegen nicht zu verbieten und nicht zu erlauben sind weil sie auf einem andern Gebiete vorgehn als auf dem des Staats. Dahin gehören zunächst alle nicht körperlichen Handlungen, Gedanken, die auf das Materielle keinen Einfluss üben. Aber auch von den körperlichen Handlungen, die sinnlich wahrnehmbar in die Welt treten, stehn viele dem Staat unabhängig gegenüber; alle die, welche mit ihren zurechenbaren Folgen die Staatsinteressen nicht berühren. Die Staatsinteressen sind nach der Individualität der einzelnen Staaten in verschiedenen Fällen gar verschieden, aber daß diese Staatsinteressen nicht alle

menschlichen Interessen in sich begreifen können, das kann überall §9.
als gewis gelten. Der Staat verlangt von seinen Unterthanen, abgesehn von den besonders zu erfordernden positiven Leistungen, nur daß sie nicht diese Staatsinteressen gefährden, daß sie den Staatszwecken nicht zuwiderhandeln. Nur auf dieses Zuwiderhandeln bezieht sich die Strafgewalt des Staats.

Uns kurz zu fassen mögen wir sagen: sündhaft sei die Handlung die wider Gottes Willen verstößt, staatlich strafbar die wider den Willen des Staats gerichtete. Das Göttliche Wollen ist unendlich, das staatliche nicht, nur bei einer kleinen endlichen Zahl von Beziehungen sucht der Wille des Staats dem Göttlichen Willen zu folgen. Nur hier, wo der Staat einen Willen hat, sind staatlich strafbare Handlungen denkbar, Handlungen deren Richtung nicht nur dem Göttlichen, sondern auch dem ihm nachfolgenden staatlichen Willen zuwidergeht. Aber auch in diesen Richtungen können viele Handlungen wol sündhaft aber nicht irdisch strafbar sein, wenn nämlich die Handlung nicht soweit äusserlich wirksam wird, daß hierdurch die Staatsinteressen bedroht würden.

Verbrechen also, und überhaupt die vom Staate zu strafenden Handlungen, sagen wir, erfüllen nur einen kleinen Theil des Gebiets der sündhaften Handlungen; sind sie auch ausserhalb dieses Gebiets denkbar? Dem Göttlichen Willen gemäß soll der einzelne dem Staate sich unterordnen, den Befehlen des Staats Folge leisten. In der Widersetzlichkeit wider den Staat liegt also stets auch eine Widersetzlichkeit wider Göttliches Gebot. An sich ist daher jeder Ungehorsam wider den Staat etwas böses; es fragt sich ob eine Rechtfertigung durch besondere Umstände möglich ist. Der Staat kann etwas dem Göttlichen Willen widerstrebendes anordnen, z. B. in gewissen Fällen dem Bürger die Pflicht sich selber zu tödten auferlegen. Ein Staat, der dergleichen verordnet, hat

§9. den Anspruch auf Gehorsam nicht allgemein verwirkt. Der Ungehorsam an sich ist auch hier nichts gutes, er wird aber gut dadurch, daß der Gehorsam in solchem Falle eine größere Sünde sein würde. Aus der Sündhaftigkeit der menschlichen Natur, und aus der durch diese bedingten Unvollkommenheit aller menschlichen Verhältnisse, erklärt sich die Möglichkeit eines Widerstreits bei Ausführung der Göttlichen Gebote durch Menschen. Gewis daß der Göttliche Wille ein einiger ist, alle einzelnen Aeusserungen desselben vollkommen übereinstimmen, aber nicht minder gewis daß diese reine Harmonie getrübt wird, sobald es gilt den höchsten Willen auf Erden durch menschliche Handlungen zu erfüllen. Tausend Fälle wo der einzelne einen Conflict der Pflichten wahrzunehmen glaubt, was irgend er thun mag scheint einem Göttlichen Gebot zu widerstreiten.

So können wir ganz allgemein die Möglichkeit nicht in Abrede stellen, daß das Strafgesetz eines Staates einem Göttlichen Gesetze entgegentritt, und also für den einzelnen die Nothwendigkeit entsteht, entweder den heiligen dem Staate schuldigen Gehorsam zu verleugnen, oder sonst ein Göttliches Gebot zu verletzen. Diese Möglichkeit besteht im allgemeinen, sie ist aber für den Christlichen Staat wenigstens principiell nicht vorhanden. Der Christliche Staat als solcher will nichts dem höchsten Willen widerstrebendes, er kann nicht zugeben daß er etwas befehle was von Gott verboten sei. Thatsächlich mag dies geschehn, und der einzelne für sich kann im einzelnen Falle die Ueberzeugung hegen, daß der Christliche Staat geirrt und unchristliches befohlen habe, aber der einzelne muss sich bewusst bleiben daß der Irrthum auf seiner Seite liegen kann, daß der Staat das Bestehen des Irrthums nicht anerkennen kann, diese Anerkennung wäre die Aufhebung des fraglichen Gesetzes, und daß auf Erden keine höhere Potenz über dem Staate steht, die trotz dem Widerspruch des Staats die Existenz des Irrthums festzustellen vermöchte. Halten wir ferner fest daß

der Christliche Staat ohne von seinem Principe sich zu entfernen § 9. keine Handlung und keine Unterlassung gebieten kann, die dem Christlichen Sittengesetz widerspräche, so muss jedes wider das Gebot des Christlichen Staats begangene Verbrechen zugleich als sündhafte Handlung erscheinen. Die Handlung an sich kann keine sittlich nothwendige sein, sonst dürfte der Staat sie nicht verboten haben, darin aber daß die nicht nothwendige Handlung im Gegensatz zum ausgesprochenen Willen des Staats durchgeführt wird, liegt die Auflehnung wider das Göttliche Gebot, das den einzelnen zum Gehorsam wider den Staat verpflichtet. Will man aber auch Rücksicht darauf nehmen, daß der menschlichen Gebrechlichkeit halber auch der Christliche Staat nicht im Stande ist seinem Principe überall treu zu bleiben, im Irrthume befangen auch unsittliches befehlen, sittlich nothwendiges bei Strafe verbieten kann, so wird man doch aus dieser Betrachtung keine festen Resultate gewinnen. Die Fälle dieser Art, die etwa vorkommen mögen, entziehn sich jeder übersichtlichen Anordnung, es fehlt jedes allgemeine Kriterium sie zu erkennen. Mag der einzelne für sich überzeugt sein daß der Staat im Unrecht ist, mag der einzelne dieser Ueberzeugung gemäß handeln, er hat kein Mittel andre zu zwingen das von ihm im Widerspruch mit dem erklärten Staatswillen erkannte als richtig anzunehmen. Der Christliche Staat wird es möglichst zu vermeiden suchen einzelne Unterthanen in solchen Conflict der Pflichten zu drängen, wer doch dahineingeräth muss nach dem eigenen sittlichen Bewusstsein handeln, geduldig die Strafe zu tragen die ihn ohne Schuld treffen mag.

Die Verbrechen also, regellose Ausnahme ungerechnet, fallen alle in das Gebiet der sündhaften Handlungen, wegen der in der Abweichung vom ausgesprochenen Staatswillen liegenden Auflehnung wider die Göttlichen Gebote. Sehn wir ab von dem Strafgesetz. Wo der Staat noch keinerlei Willen ausgesprochen

§9. hat, können nur Handlungen wider das Sittengesetz den Staatszwecken zuwiderlaufen und also staatlich strafbar sein? oder dieselbe Frage anders gestellt: darf der Staat nur sittlich verbotene oder auch sittlich gleichgültige Handlungen für Verbrechen erklären? natürlich daß wäre die an sich gleichgültige Handlung einmal bei Strafe verboten, ihre Begehung fortab unsittlich sein würde. Was aber die Antwort auf jene Fragen betrifft, so dürfte zunächst weiter zu fragen sein, ob wirklich sittlich indifferente Handlungen denkbar sind? Umgehn wir diese Vorfrage damit, daß wenn es auch dergleichen an sich gleichgeltendes nicht gebe, dem menschlichen Stumpfblick doch vieles so als indifferent erscheine, so ist doch die Hauptantwort nicht minder gewis. Strafbar ist nur die Handlung, deren Folgen den Staatszwecken zuwiderlaufen und die zugleich dem Handelnden zuzurechnen ist. Schuld, Misbrauch der Freiheit gegen den Staat liegt jeder strafbaren Handlung zu grunde, nicht blos der zum Verbrechen gestempelten. Wer also das Verhältnis des Staats zum einzelnen als ein von Gott geordnetes betrachtet muss in jeder Auflehnung dawider, auch wo die Auflehnung sich gegen ein Staatsgesetz nicht richtet, einen Verstoß wider das Sittengesetz erblicken. Alles strafbare ist zugleich unsittlich und sündhaft, nichts sittlich erlaubtes strafbar, und da nur strafbares zum Verbrechen erklärt werden darf, so giebt es nichts was erst durch das Strafgesetz unsittlich würde, während es früher erlaubt gewesen.

Dabei also beharren wir: Verbrechen machen einen Theil aus der strafbaren Handlungen, und diese wieder bilden einen Theil des Unsittlichen. Handlungen die dem Göttlichen Willen entgegentreten sind sündhaft. Aus der ungeheuren Masse dieser scheidet sich als eine Gruppe die der von Staatswegen strafbaren Handlungen aus. Das charakteristische für diese ist, daß ihre Richtung nicht nur dem Göttlichen sondern auch dem Staatswillen zuwiderläuft,

und daß sie weit genug in das Leben eingreifen um des Staats § 9.
Interessen zu gefährden. Von den strafbaren Handlungen aber unterscheiden wir dann wieder die Verbrechen, bei denen positives Recht, Gewohnheit oder Gesetz, die Strafbarkeit ausdrücklich anerkannt hat. Daß das positive Recht nicht alles strafbare mit Strafe bedroht, erklärt sich theils aus der Mangelhaftigkeit der Erkenntnis, theils aus Nützlichkeitsrücksichten.

Andere für die Bestimmung der Strafbarkeit und für die Begrenzung der Verbrechen wesentliche Momente als die angegebenen sind nicht anzuerkennen. Feuerbach und sonst viele, wol auch Wächter (Lehrbuch des Röm. Teutsch. Strafrs. § 48 f.) erfordern zum Verbrechen eine Rechtsverletzung in dem Sinne daß die Handlung dem Rechte eines dritten widerspreche. Dies Requisit mag mit dem aus andern Straftheorieen herzuleitenden Begriffe des Verbrechens zu verbinden sein, wir haben keinen Platz dafür. In dem Kampfe der verschiedenen Theorieen wird auch die Frage ob das Verbrechen ohne Rechtsverletzung nicht bestehen könne mit entschieden werden. Daß aber aus den von uns angenommenen Principien nicht auf jenes Erfordernis geschlossen werden kann, ist leicht gezeigt. Wenn der Staat die Handlungen der Unterthanen strafen soll, welche seinen Zwecken zuwiderlaufen, so kann man nicht zugleich ihn darauf beschränken wollen, nur da zu strafen wo subjective Rechte verletzt werden, es sei denn daß man die Aufgabe des Staats überhaupt auf diesen Schutz subjectiver Rechte beschränkte. Diese Annahme aber bedarf wol keiner ausführlichen Widerlegung; schon darum nicht weil sie uns nicht aus dem Cirkel herausführt: der Staat soll die Rechte schützen, ein Recht aber ist was der Staat schützt. Aber auch zur Unterscheidung der Verbrechen, d. h. der nach Rechtsregeln zu strafenden Handlungen von allen andern strafbaren Handlungen, können wir nur die Rechtsverletzung im objectiven Sinne, die Verletzung des geltenden Rechts, der Rechts-

§ 9. vorschriften gebrauchen. Jede Beschränkung des Strafrechts auf dem Felde der von Staatswegen strafbaren Handlungen muss einen äussern Grund haben, ohne Grund sagten wir dürfe der Staat die Uebung seiner Strafgewalt nicht beschneiden. Hier aber fehlt uns jeder Grund das Strafrecht auf Verfolgung der die Rechte dritter verletzenden Handlungen zu beschränken.

De lege ferenda also können wir der Rechtsverletzung im subjectiven Sinne keine Bedeutung für die Abgrenzung des Strafrechts zubilligen. Aber auch für das geltende Deutsche Recht ist der Satz, daß jedes Verbrechen Rechtsverletzung, nicht blos Verletzung der rechtlichen Ordnung, sondern von bestimmten Subjecten zuständigen Rechten sein müsse, nicht wahr. Ich behaupte dies zunächst, weil ich der Meinung bin das heutige Recht beruhe zum größten Theile auf den Grundlagen der absoluten Straftheorie, eine Meinung deren Richtigkeit, wie schon bemerkt, nur durch die Gesammtheit unserer Betrachtungen zu erweisen ist. Dagegen ist hier anzuführen daß auch Wächter in dem neuen Handbuch des Sächsischen Strafrechts davon abzugehn scheint, daß jedes Verbrechen die Verletzung eines subjectiven Rechts enthalten müsse. Er spricht jetzt von einer Reaction des „Gesetzes" gegen den individuellen Willen, der „mit ihm" sich in Widerspruch setzt. Bestimmter sind die Ausführungen auf S. 67:

> Wird durch eine dem Rechte widersprechende Handlung ein rechtswidriger Wille an den Tag gelegt, so wird eine Schuld in doppelter Beziehung begründet, . . .
> die subjective Beziehung liegt in dem widerrechtlichen Willen des Verbrechers an sich, . . .
> die objective Beziehung liegt in der in der Handlung enthaltenen Verletzung des Rechts überhaupt und, soweit durch sie in individuelle Rechte eingegriffen wurde, in der Verletzung der Rechte der betreffenden Individuen.

Viele andre aber streiten noch immer für die Nothwendigkeit §9.
der subjectiven Rechtsverletzung; daß eine solche erfordert werde sei ganz zweifellos und klar, schwierig nur zuweilen das Subject zu bestimmen dessen Rechte verletzt wurden. Freilich dürfe man sich nicht auf Privatpersonen und deren Rechte beschränken. Mit diesen Bemerkungen kommt man aber über den schon von Feuerbach eingenommenen Standpunkt kaum hinaus, der doch auch den Hochverrath nicht als Verbrechen wider die Rechte eines Privaten erfasste. Also Verletzungen der Rechte physischer und juristischer Personen, die uns einstweilen doch noch als etwas anderes denn als „Vogelscheuchen" (Brinz Pandekten Vorr. S. XI) gelten mögen; können wir auf diese die Verbrechen einschränken? oder bedürfen wir noch andrer Rechtssubjecte? aber welche Rechtssubjecte kennen wir denn ausser den physischen und moralischen Personen? Sollten wir wirklich uns gezwungen sehn Vogelscheuchen mit Rechten zu belehnen? um einerseits das Gebiet der Verbrechen weit genug auszudehnen, weithin abschrecken zu können, andererseits doch den Satz, daß Verbrechen Rechtsverletzungen seien, aufrecht zu erhalten.

Aber wie die erforderlichen Rechtssubjecte nicht tauglich sind als solche zu dienen, so sind auch die behaupteten Rechte, auf deren Verletzung es ankommen soll, keine lebensfrischen Glieder unseres Systems. Ich will zugeben, daß wer aufs Künsteln sich verlegen will, zu jedem Verbrechen ein verletztes Recht sich erdenken mag. Wiewol die Arbeit doch zuweilen, bei Sodomie, manchen Fällen des Incestes und der Kuppelei, überkünstlich ausfallen dürfte; was denn auch neuesten Vertheidigern der Rechtsverletzung nicht zu entgehn scheint, deren einer (John in Goltdammers Archiv III S. 504) all die Vergehungen, bei denen er eine Rechtsverletzung nachzuweisen nicht im Stande ist, für polizeiliche Vorkehrungen zu erklären oder „in die Masse der formalen Verbrechen" zu verweisen droht, welchen letzteren er selber „keine theoretische Berechtigung"

§ 9. zugesteht. Diese Künstelei aber ist unnütz. Soll das Gebiet der Verbrechen nicht ungebürlich beschränkt werden, so kann man sich nicht an den Rechten als Objecten der angeblichen Verletzungen genügen lassen, die anderswoher aus dem Privatrecht oder dem Staatsrecht als selbständige und feste Begriffe bekannt sind, sondern man muss zu „Rechten des einzelnen auf Integrität der Schamhaftigkeit“ und ähnlichen nur dem Criminalrecht bekannten Gebilden Zuflucht nehmen. Nicht weil wo ein zweifelloses Recht verletzt ist sehn wir den Staat die Strafe drohen, sondern aus der Strafsatzung selber schliessen wir rückwärts daß die bedrohte Handlung ein Recht verletzen müsse, und construiren das Recht aus dem Verbrechen. Aber was wir so nur durch Abstraction aus dem Verbrechen gewinnen, ist natürlich nicht angethan uns den festen Standpunkt zu gewähren, von dem aus wir den Begriff des Verbrechens uns unterwerfen könnten. Das Recht, das wir ausfindig machen, hat keine Bedeutung als für dies Verbrechen, keine Kraft als soweit es durch die Strafdrohung dieses Verbrechens geschützt wird. Durch die Speculation also lernen wir kein wirkliches Recht kennen, und gewinnen auch für die Beurtheilung des Verbrechens nichts, was nicht in der Definition des Verbrechens uns schon mitgegeben wäre. Darum nenne ich die Künstelei unnütz. Sie ist überdies gefährlich, denn sie verführt uns in das geltende Recht zu tragen was nicht hineingehört: einzelne Verbrechen für Nichtverbrechen zu erklären wenn man das gesuchte verletzte Recht nicht gleich zu erkünsteln vermag; der Einwilligung und Verzeihung der angeblichen Rechtssubjecte Bedeutung beizulegen die ihnen nicht zukommt, überhaupt bei Beurtheilung der Schuld unwesentlichem einen ungebürlichen Einfluss zuzugestehn.

Anzuführen ist übrigens daß einzelne unserer Gegner, vielleicht ohne es selber zu merken, ihre eigene Meinung so ausdeuteln, daß kein erheblicher Unterschied derselben von unserer Ansicht bleibt.

Osenbrüggen (Abhandl. aus d. Deutsch. Strafr. I § 5) sagt, § 9.
jedes Verbrechen hat ein „Angriffsobject, und dieses ist ein bestimmtes Recht, — das Angriffsobject bei dem Ehebruch ist die Ehe, d. h. die Ehe als objectives Verhältnis, welches seinen Platz hat in der Sphäre des Rechts wie der Sittlichkeit.“ Die Ehe selber, nicht etwa die Rechte des Mannes oder der Frau aus der Ehe soll der Ehebruch verletzen. Aber ist denn die Ehe selber ein Recht? Bei der Kinderaussetzung (a. a. O. § 18) ist die Absicht nach der Carolina „umb das sie des abkumm“, „diese Absicht ist rechtswidrig weil die Mutter die natürliche Pflicht hat für das Kind zu sorgen. Diese Pflicht ist das rechtliche Object bei diesem Verbrechen, in ihrer Verletzung liegt die Rechtsverletzung.“ Daß Pflichtverletzungen bei jedem Verbrechen, bei jeder strafbaren Handlung zu Grunde liegen, das wird wol niemand leugnen. Und wenn also die Gegner sich damit bescheiden jede Pflichtverletzung Rechtsverletzung zu taufen, auch wol einige Nichtrechte mit dem Namen von Rechten zu belegen; man müsste darauf versessen sein um Worte zu streiten, wollte man nicht die Hand zur Ausgleichung bieten.

Verbrechen lediglich als Verletzungen der Rechtsvorschriften zu denken mag vielen etwas vages dünken, und hierin vornehmlich der Grund zu suchen sein warum man die subjective Rechtsverletzung über Bord zu werfen sich nicht entschliessen konnte. Ich möchte vorschlagen vorläufig alle Verbrechen als Verletzungen von subjectiven dem Staate zuständigen Rechten zu erfassen. Der Staat hat seine Vorschriften gegeben, er hat Pflichten für die Einzelnen, und Ansprüche für sich auf Erfüllung dieser Pflichten in rechtlicher Form anerkannt. Der Gedanke, daß jedes Verbrechen wie eine Pflichtverletzung des Einzelnen, so eine Verletzung der Rechte des Staats enthalte, dürfte sich durchführen lassen. Die Durchführung könnte wenn nicht an sich, doch als Brücke zu besserem nicht ohne Werth sein.

§ 10.

Civilunrecht und Ungehorsam.

§ 10. Als dem Verbrechen verwandte aber doch von demselben wohl zu scheidende Begriffe werden oft Civilunrecht, Ungehorsam wider die Gesetze, und Polizeiübertretung aufgeführt. Sehen wir wie diese zu den von uns angenommenen Definitionen des Verbrechens und der strafbaren Handlung sich verhalten.

Civilunrecht ist überall Rechtsverletzung im engeren Sinn, Verletzung des einer Person zuständigen Rechts. Die Verletzung besteht in einer Störung der Ausübung eines solchen Rechts. Zum Begriff des Rechts gehört daß der Staat wider diese Störungen Hülfe versprochen hat. Aber aus guten Gründen gewährt der Staat seine Hülfe nicht wider jede Störung der Rechtsausübung, sondern nur dann wenn die Verletzung von einer Person ausgegangen ist. Für den Eigenthümer ist es äusserlich gleichgültig, ob sein Pferd eigenwillig aus der Koppel gesprungen und davon gelaufen ist, oder ob ein Mensch es gestohlen hat; der Staat hilft aber nur im zweiten Falle. Wir pflegen daher bei dem Worte Rechtsverletzung nur an die auf irgend eine Person zurückzuführende Verletzungen zu denken. Daß aber die eintretende Rechtsstörung der Person, von der sie ausgeht, zugerechnet werden könne, erfordern wir zum Begriff des Civilunrechts nicht. Auch der Wahnsinnige, der seine Schulden nicht bezahlt, begeht ein Civilunrecht, ebenso wer bona fide in den Besitz der fremden Sache gekommen ist, und ex justa causa sich für den Eigenthümer hält; beide werden von Staatswegen gezwungen die durch sie bewirkte Rechtsverletzung wiederaufzuheben. Sonach leuchtet ein daß auf der einen Seite das Gebiet des Civilunrechts weiter reicht als das des Verbrechens, der strafbaren Handlung, ja selbst der Sünde. Daß andererseits auch manche Verbrechen und strafbare Handlungen die

Verletzung eines Privatrechts nicht involviren, ist im vorigen Pa- §10.
ragraphen ausführlich entwickelt worden. Doch ist soviel gewis, daß zu gutem Theile die Felder des Verbrechens und der strafbaren Handlung mit dem Felde des Civilunrechts sich decken. Man kann also fragen wann das Civilunrecht strafbar und wann es Verbrechen werde.

Die Strafbarkeit des Civilunrechts beginnt mit der Schuld desjenigen, von dem es ausgeht. Das strafbare Civilunrecht setzt als Urheber ein willensfähiges Individuum voraus; ferner daß dies Individuum von seiner Willensfähigkeit concreten Gebrauch gemacht, wirklich gehandelt habe; endlich daß die Widerrechtlichkeit seiner Handlung von ihm erkannt sei, oder aber daß das Nichterkennen der Widerrechtlichkeit auf schuldvoller Nachlässigkeit beruhe. Ist so der das Recht verletzende Erfolg dem Handelnden nicht nur im allgemeinen sondern speciell als Rechtsverletzung zuzurechnen, so ist der Handelnde deswegen zu strafen. Der Staat will die Durchführung des Rechts, der Einzelne der dies weiss und ebenso wissentlich die Durchführung des Rechts wenigstens vorläufig zu hemmen unternimmt, setzt seinen Willen dem Staatswillen entgegen und verleugnet damit die Oberherrlichkeit des Staats. Diese dem einzelnen gegenüber wiederherzustellen ist die Strafe das Mittel. Die Strafbarkeit der culposen Rechtsverletzungen wird darzulegen sein wenn wir erkannt haben worauf die Strafbarkeit culposer Handlungen überhaupt beruht; ich verweise daher auf den § 23. Hier mögen wir uns einstweilen daran genügen lassen, daß jedes dolose Civilunrecht strafbar ist. Aber nicht alles principiell strafbare, sehen wir, kann der Staat strafen. Es ist daher auch hier angemessen und weise daß der Staat aus Nützlichkeitsrücksichten Grenzen zieht, nur gewisse Arten des Civilunrechts für Verbrechen erklärt, bei andern auf die Vollstreckung der Strafe verzichtet. Ein festes Princip für diese Abgrenzung vermögen wir jetzt

§10. so wenig wie früher aufzustellen; dem einen Staat kann dieses dem andern jenes nützlich sein oder nützlich erscheinen, und nur die Nützlichkeit entscheidet.

Man hat dies meist nicht anerkannt, feste Principien für die Abgrenzung aufzustellen versucht. Köstlin sagt im System § 2:

> Der Einzelwille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf aber noch ohne bestimmtes Bewusstsein dieses Unterschieds — das bürgerliche Unrecht;
>
> Der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen wird zum bewussten Gegensatz — das Verbrechen.

Hiebei ist es willkürlich den Begriff des Verbrechens so auszudehnen wie dies den Worten nach geschieht, daß er die „mala fides den civilrechtlichen dolus, das bewusste Läugnen u. s. w." mitumfasst (s. bei Stahl Staatslehre 3. Aufl. S. 696. die Anmerkungen gegen die Ausführungen in Köstlins Neuer Revision); geradezu widersinnig aber ist es wenn in einer Anmerkung zu dem citirten § 2 die civilrechtlich dolose Handlungsweise von Köstlin auf das Gebiet verwiesen wird, wo der Einzelwille seine Einheit mit dem allgemeinen ohne Bewusstsein aufhebt. Wer um die Schuld weiss, die er zahlen sollte und könnte, und nicht zahlt, hebt die Einheit seines Willens mit dem allgemeinen Willen mit vollem Bewusstsein dieses Unterschieds auf.

Aber auch mit Stahl kann ich hier nicht übereinkommen. Er sagt (a. a. O. § 185) „Selbst Handlungen, welche die Rechtsordnung verletzen, sind nur dann Verbrechen wenn sie der Herrschaft und dem Ansehn des Staats Trotz bieten." Es ist

> keine Verletzung seiner Herrlichkeit, wenn die Menschen ihm nicht freiwillig gehorchen, wenn sie seine Gebote übertreten. Eine solche wird es nur dann, wenn die Uebertretung von der Art ist, daß die freche Verachtung der höheren Ordnung in ihr sich kund giebt.

Ich behaupte jede dolose Rechtsverletzung bietet der Herrschaft und § 10.
dem Ansehn des Staates Trotz. Es ist wol richtig daß der Staat als äusserliches Reich nur „That nicht Gesinnung" zu fordern hat, aber der Staat hat eben ein Thun nicht blos ein Leiden zu fordern, daß „die Menschen es darauf ankommen lassen dürfen, daß der Staat sie zwinge" ist nicht richtig. Der Staat hat zu seiner Disposition keine andern Kräfte als die der Einzelnen, wäre wirklich jeder einzelne nur das Leiden nicht auch die positive Handlung schuldig, man sähe nicht wer für den Staat eben jenes Leiden zu erzwingen verpflichtet wäre, und es hinge sonach von dem guten Willen der Einzelnen ab die Staatsmaschine im Gange zu erhalten. Was mit der Göttlichen Natur des Staats unvereinbar ist.

Der einzelne schuldet dem Staat auch das positive Thun, und in dem bewussten Nichtthun liegt Trotz wider die Herrschaft des Staats. Ob dieser Trotz als „freche Verachtung der höheren Ordnung sich kund giebt" oder nicht, für die Entscheidung dieser Frage dürfte ein fester Anhalt auch nicht zu finden sein. Die Ansichten der verschiedenen Staaten hierüber werden divergiren, ebenso die Ansichten verschiedener Menschen in einem Staate. Es kommt aber auch nichts darauf an hier eine sichere Grenzlinie aufzufinden, sobald wir zugeben daß jeder Trotz des einzelnen dem Staate gegenüber strafbar sei. Darin stimme ich dann wieder mit Stahl überein, daß ich nicht die factische Bestrafung jedes derartigen Trotzes, wie überhaupt nicht jeder strafbaren Handlung verlange. Nur daß ich diese Beschränkung der Strafübung lediglich auf Nützlichkeitsgründe zurückführe, während Stahl nach principiellen Unterscheidungszeichen sucht.

Ausser den schon besprochenen führt er noch eins an, „die verbrecherische Handlung ist immer an sich (in thesi) schon ihrer Form nach gegen das Recht, die blos widerrechtliche ist es nur unter den gegebenen Umständen (in hypothesi)". Hiewider ist zu erinnern

§ 10. daß auch Bigamie keine an und für sich verbotene, sondern nur in dem besondern Falle, daß einer der die neue Ehe contrahirenden Theile schon in gültiger Ehe lebt, strafbare Handlung voraussetzt; mit Ehebruch und Blutschande ist es wenig anders. „Nur in Handlungen, die unter keiner Voraussetzung gerechtfertigt sind, kann sich ein Trotz gegen die Herrschaft der Rechtsordnung beurkunden." Aber was vermöchten Nothwehr und Nothstand nicht zu rechtfertigen? Gewis kann die Beurtheilung der Umstände, von denen die civile Widerrechtlichkeit einer Handlung abhängt sehr zweifelhaft (oft aber auch sehr unzweifelhaft) sein, aber ist dies bei der Beurtheilung der die criminelle Strafbarkeit bedingenden Umstände nicht ebenso? Man denke an das Ueberfließen von Selbsthülfe in Diebstahl und Raub, von strafloser Teuschung in Betrug und Fälschung.

„Endlich" sollen „die verbrecherischen Handlungen wenigstens gewöhnlich von der Natur" sein, „daß sie darauf abzwecken dem Staate auch die Durchsetzung der gesetzlichen Anforderung unmöglich, also ihn ohnmächtig zu machen gegen den verbrecherischen Willen, während die blos widerrechtlichen hierauf nicht abzwecken." Daß dieser Unterschied kein scharfer ist, daß die Absicht des Verbrechers nicht nothwendig darauf gehn muss, dem Staat die Wiederherstellung des Rechts unmöglich zu machen, ist schon in dem „wenigstens" ausgesprochen. Zudem geschieht es wol auch daß die blos widerrechtlichen Handlungen auf dasselbe Ziel ausgehn. Wenn ein malae fidei Besitzer, oder ein doloser Schuldner auf den Process es ankommen lässt, überzeugt daß von dem berechtigten Kläger der Beweis nicht werde erbracht werden können, so dürfte er mit mehr Sicherheit darauf zählen können den Staatswillen ohnmächtig zu machen, als der Dieb, der auf offenem Markt ein Brod stiehlt und dann der Schnelligkeit seiner Füße vertrauen muss.

All die hervorgehobenen Punkte sind sicher beachtenswerth, §10.
der Staat wird bei der thatsächlichen Abgrenzung seines Strafrechts darauf vor anderem Rücksicht zu nehmen haben. Nur daß sie eine principiell sichere Abgrenzung möglich machen bestreite ich. Darum soll aber nicht geleugnet werden daß es tausend Fälle gebe, die überall straflos ausgehn werden, und andere die ziemlich allgemein als Verbrechen gelten müssen. Aber wieder giebt es nicht wenige Fälle, bei denen auch das willkürliche der zu treffenden Entscheidung deutlich hervortritt. Manche Fälle des furtum usus und des furtum possessionis gelten noch jetzt als strafbar, andere nicht; für die Abgrenzung des nur civilrechtlichen und des criminell strafbaren Betrugs hat niemand ein nicht willkürliches Merkmal aufzufinden vermocht; ähnlich steht es mit der Begrenzung des verbrecherischen Bankrotts. Wir werden wol später noch Gelegenheit haben ausführlicher darzuthun wie wenig feste Principien in den neuen deutschen Strafgesetzbüchern die Abgrenzung der Verbrechen gegen das einfache Civilunrecht bestimmt haben.

Aehnlich wie das Civilunrecht verhält sich der Ungehorsam zum Verbrechen und zur strafbaren Handlung. Auch der Ungehorsam kann auf Unvermögen oder schuldloser Unwissenheit beruhen, und in diesen Fällen muss er straflos ausgehn; wo aber der Ungehorsam ein bewusster ist, oder wo er aus schuldvoller Unwissenheit hervorgeht, da ist er strafbar, so gut wie das Civilunrecht unter gleicher Voraussetzung. Vielleicht scheint manchem die Strafbarkeit dieses Ungehorsams noch weniger zweifelhaft als die Strafbarkeit des Civilunrechts. Die Widersetzlichkeit des Einzelwillens wider den Staatswillen liegt zu Tage, auch ist klar daß durch den Ungehorsam der Staat immer einen gewissen Schaden erleidet; er bekommt weniger als er zu fordern hat, wenigstens insofern als er dies zu fordernde später erhält als wann es geleistet werden sollte. Aber hier wie sonst überall wird nicht alles principiell straf-

§ 10. bare wirklich gestraft. Das Gebiet des rechtlich strafbaren pflegt gerade nach dieser Seite hin sehr beschränkt zu werden. Der vornehmlichste Grund hiefür dürfte sein, daß der Staat in sehr vielen Fällen durch directe Mittel den verweigerten Gehorsam erzwingen kann. Diese directen Zwangsmittel sind dem Staat oft bequemer und weniger kostbar und meist nützlicher als die Strafen, die wol den Ungehorsamen züchtigen, aber dem Staat nicht immer was er fordert zu schaffen vermögen. Zudem kommen die Zwangsmittel mit den Strafen darin überein, daß sie den Trotz brechen und eine Art der Wiedervereinigung des Einzelwillens mit dem Staatswillen herbeiführen. Daher läßt der Staat häufig bei diesen Zwangsmitteln es bewenden, und verzichtet mit gutem Grund auf die Uebung seiner Strafgewalt. Daß aber der Staat in irgend welchen Fällen hierauf verzichten müßte, ist darum nicht zu sagen. Auch hier entscheiden wieder blos Nützlichkeitsrücksichten über die Abgrenzung der Strafübung, die in den verschiedenen Staaten theils wirklich verschieden sein theils nur verschieden erscheinen mögen. Doch werden überall der die Einschränkung der Strafübung in dieser Richtung empfehlenden Nützlichkeitsgründe verhältnismäßig viele sein.

Daß ich auch hier von Stahl abweiche ist schon beiläufig angedeutet. Stahl behandelt Ungehorsam und Civilunrecht zusammen und übereinstimmend.

> Im Staate, da er nur ein äusserliches Reich ist, blos That nicht Gesinnung fordert, dürfen es die Menschen darauf ankommen lassen, daß der Staat sie zwinge, es ist gegen ihn nicht (wie gegen Gott) eine Verletzung seiner Herrlichkeit, wenn sie ihm nicht freiwillig gehorchen.

Dagegen habe ich nur was schon oben bemerkt ist zu wiederholen: wenn der Staat die That fordert, so liegt in der Nichtthat eine Verletzung auch des äusserlichen Reiches, und das Thun nicht blos

das Leiden, das „sich zwingen lassen", muss der Staat fordern wenn § 10.
er seines Bestehens gewis sein will. Jede Verletzung seiner Herrlichkeit soll der Staat nach idealer Durchführung seiner Principien strafen, gleichviel ob in ihr mehr oder weniger von „frecher Verachtung der höheren Ordnung" sich kundgiebt. Hieran dürfen wir nicht irre werden, auch wenn wir sehn daß, der lieben Nützlichkeit und Bequemlichkeit wegen, der Staat in vielen Fällen die idealen Strafpflichten nicht erfüllt. Noch weniger aber darf uns teuschen wenn vielfach ein nur scheinbarer Ungehorsam ungestraft bleibt: denn oft scheint der Staat zu befehlen wo er nur gestattet, so häufig wann er die Bürger zu Wahlversammlungen ruft.

---

§ 11.

Polizeivergehn.

Schon aus den bisherigen Ausführungen mag nebenbei er- § 11.
hellen, daß ich den Begriff der sogenannten Polizeiverbrechen oder Polizeiübertretungen, als den einer von den eigentlichen, oder von den Criminalverbrechen principiell zu scheidenden Klasse nicht anerkenne. Ein solcher Unterschied wird jetzt von der großen Mehrzahl der Deutschen Theoretiker angenommen. Versuchen wir das Irrige der Annahme, richtiger der Annahmen, darzuthun. Denn unter sich stimmen die Gegner keineswegs überein, und jede Einzelannahme, die wir zu bekämpfen haben, wird von den meisten andern gleichfalls verworfen. Und gegen alle steht uns Heffter zur Seite, der auch der Ueberzeugung ist, „daß eine wesentliche in der Natur des Verbrechens oder der Strafe begründete Verschiedenheit zwischen eigentlichen s. g. peinlichen und Polizeiverbrechen oder Vergehn gar nicht besteht" (Lehrb. § 31, Arch. des Cr. Rs. N. F. Jg. 1843: Votum über die Polizeigerichtsbarkeit in Strafsachen).

§ 11. Bevor wir aber die Polemik beginnen wollen wir aussprechen was wir allen Gegnern zugeben zu müssen glauben.

Erstlich: während wir den principiellen Unterschied der Verbrechen und Polizeivergehn leugnen, billigen wir dem Staate die Befugnis zu beliebig einen ähnlichen Unterschied aufzustellen. Wie der Staat aus Nützlichkeitsgründen das Gebiet der von ihm rechtlich zu strafenden Handlungen gegen das der ideell strafbaren beschränkt, so kann er aus gleichen Gründen auch das Feld der angenommenen Verbrechen beliebig theilen, Verbrechen die er hierhin weist anders behandeln als die dorthin gestellten. Es kann dies praktisch zweckdienlich sein. Dabei versteht sich daß dem Staate eine Drei- oder Viertheilung ebenso wol gestattet sein muss wie die Zweitheilung. Nur die Nützlichkeit hat hier zu entscheiden; denn dem Wesen nach sind die Verbrechen der verschiedenen Abtheilungen gleich, die äussere Nützlichkeit ist der einzige Grund der Theilung.

Ferner. Es kann geschehn daß der Staat einzelnen seiner Organe, die an und für sich nicht befugt sind den Staatswillen als Gesetz zu allgemeiner Kenntnis zu bringen, besonders solchen, denen überhaupt nur eine begrenzte Competenz zusteht, die Befugnis ausdrücklich beilegt gewisse von dem Staat nicht für Verbrechen erklärte Handlungen, innerhalb der Grenzen ihrer Competenz, bei Strafe zu verbieten. Will man diesen nicht unmittelbar namens des Staats verbotenen Handlungen den Namen der Polizeivergehn beilegen, so ist dawider nichts zu erinnern. Zwischen ihnen und den Verbrechen besteht ein fester Unterschied, wenn auch nur äusserer Natur. Das Verbot ist nicht von dem Organ ausgegangen, das berufen ist die Uebung der staatlichen Strafgewalt rechtlich zu regeln. Uebrigens ist ersichtlich daß die Behandlung dieser Polizeivergehn ganz nach dem Vorbilde der von dem Staat direct anerkannten Verbrechen normirt werden muss. Schuld muss

die Grundlage der Bestrafung bilden, sie besteht auch hier in der §11.
Opposition des Einzelwillens wider den Staatswillen. Denn indem der Staat der einzelnen Behörde die Befugnis giebt etwas bei Strafe zu verbieten, erkennt er zugleich das diese Befugnis nicht überschreitende Verbot als seinem Willen gemäß, mithin jeden Verstoß gegen das Verbot als auch seinem, dem Staatswillen zuwider an. Solange die Behörde nur verbietet und straft was sie verbieten und strafen darf, scheinen die so zu ahndenden Polizeivergehn den Verbrechen in allem wesentlichen nahe zu stehn; überschreitet sie ihre Befugnis, so liegt ein Misbrauch des amtlichen Ansehns vor, der dann allerlei Vergehungen der einzelnen nach sich ziehn mag, die aber nicht mehr als Polizeivergehn, sondern nur soweit sie die allgemeine Rechtsordnung verletzen vom Staate zu bestrafen sind.

Endlich. Dem Staate können gewisse Erfolge als seinen Zwecken durchaus widerstrebende erscheinen, so daß er sie überall zu hintertreiben wünscht. Um dies zu erreichen kann er, wenn er sieht daß es ihm unmöglich ist derartigen Erfolgen durch Anwendung physischer Kräfte vorzubeugen, dadurch zu wirken suchen, daß er was diese Erfolge herbeizuführen geeignet ist verbietet, und dem der dennoch den Erfolg hervorbringt ein der Strafe ähnliches Uebel droht, gleichviel ob der Erfolg dem einzelnen zuzurechnen ist oder nicht. Wo im einzelnen Falle der Erfolg zugerechnet werden kann, da sind alle Voraussetzungen wirklicher Strafe vorhanden. Denn der Staatswille, daß solcher Erfolg nicht herbeigeführt werden solle, ist ausgesprochen, in dem zurechenbaren Zuwiderhandeln liegt die Widersetzung des Einzelwillens gegen diesen Staatswillen. Aber der Staat kann das strafähnliche Uebel auch dem auferlegen, dem der Erfolg nicht zuzurechnen ist, aus Nützlichkeitsgründen, die Häufigkeit dieser schädlichen Erfolge zu beschränken. Auch dagegen ist nichts einzuwenden, daß man solche von Gesetzen, ohne Rücksicht

§ 11. auf die inneren Voraussetzungen der Strafbarkeit verbotene Handlungen mit dem Namen der Polizeivergehn belegt. Eine andere Frage aber ist die, ob die Nützlichkeit wirklich im Stande ist im Christlichen Staate Polizeigesetze der Art zu rechtfertigen, die consequent dahin führen auch den Wahnsinnigen für den Schaden, den er angerichtet, freilich nicht zu strafen aber doch Strafwürdigen gleich zu behandeln.

Nicht all die einzelnen Versuche, die gemacht werden den Begriff der Polizeivergehn fest zu bestimmen, können hier näher in Betracht gezogen werden. Wir müssen uns auf einige der bedeutendsten beschränken. Feuerbach (Lehrb. § 22) sagt:

> Unabhängig von Ausübung eines Regierungsacts und der Erklärung des Staats giebt es Rechte (der Unterthanen im Staate oder des Staates selbst). Diese durch Strafgesetze gesichert begründen den Begriff des Verbrechens im engern Sinne. Insofern der Staat aber berechtigt ist durch Polizeigesetze auf seine Zwecke mittelbar hinzuwirken, und durch diese an sich nicht rechtswidrige Handlungen zu verbieten, sofern giebt es besondere Rechte des Staats auf Unterlassung dieser speciell verbotenen Handlungen, die den Unterthanen ursprünglich rechtlich möglich waren. Ist das Recht des Staats auf Gehorsam gegen ein bestimmtes Polizeigesetz mit Strafen bedroht (?) so entsteht der Begriff von Vergehn, Polizeiübertretung. (In älteren Ausgaben: Polizeiverbrechen.)

Daß hier ein Gedanke zu Grunde liegt, ist unverkennbar. Wir selber haben ausgeführt daß nicht jedes Verbrechen die Verletzung eines subjectiven Rechts involvire, sonach müssen wir unterscheiden können zwischen Verbrechen, die subjective Rechte verletzen, und solchen, die ohne Rechtsverletzung bestehn. Dies ist nun freilich

noch nicht ganz Feuerbachs Unterscheidung. Nur die subjectiven Rechte, die unabhängig von der Erklärung des Staats sind, nur diese sollen, wenn sie übrigens durch Strafgesetze gesichert sind, verletzt Verbrechen ergeben. Aber diese Einschränkung ist höchst bedenklich; die Existenz solcher von der Anerkennung des Staats unabhängiger Urrechte, etwaiger sogenannter allgemeiner Menschenrechte, ist oft behauptet aber nie bewiesen worden, und ihre Annahme scheint mit dem Begriff des subjectiven Rechts selber unverträglich zu sein, da Recht doch eben nur die Macht ist, die dem einzelnen seitens des Staats anerkannt wird. Fällt also die Einschränkung zugleich mit den supponirten Urrechten, so bleibt für uns nur der Gegensatz von Verbrechen die Privatrechte verletzen, und Verbrechen die Privatrechte nicht verletzen. Daß dies ein principiell anzuerkennender Gegensatz ist, ist schon zugegeben, in Abrede aber muss gestellt werden daß derselbe praktisch nutzbar gemacht werden könne. Ob ein Verbrechen Privatrechte verletzt oder nicht, ist nur für die civilrechtlichen nicht auch für die criminalrechtlichen Wirkungen wichtig; denn die Strafe muss sich nach der Schuld richten, und die Schuld ist von der Störung des Privatinteresses nicht abhängig. Ueberdies dürfte die Abgrenzung praktisch sehr schwierig sein. Man wird unwillkürlich dahin gelangen neben den Verletzungen der vom geltenden Privatrecht anerkannten subjectiven Rechte, in anderen Fällen Rechtsverletzungen anzunehmen und Rechte eben aus der Ahndung der Verletzung zu erfinden. Hat man dies ein Mal angefangen, so ist nicht abzusehn wo diese Art der Rechtsfindung ein Ende bekommen mag; je nach der individuellen Laune wird einer weiter gehn als der andere, so daß die Möglichkeit fester Grenzbestimmung entschwindet. Wir haben uns darüber schon in § 9 ausgesprochen. §11.

Das irrige von Feuerbachs Annahmen trat am augenscheinlichsten darin hervor, daß er sich gezwungen sah neben dem

§ 11. Fluchen und Zutrinken auch Incest, Sodomie und ähnliche Fleischesverbrechen bei den Polizeivergehn unterzubringen. (Aehnlich auch Wächter, Lehrb. des R. T. Strafrs. § 231—250.) Dies forderte den Widerspruch heraus; und wer doch den Unterschied von Verbrechen und Polizeivergehn nicht aufgeben mochte, suchte meist ihn anders zu begrenzen und zu bestimmen. Köstlins Definition in § 2 des Systems klingt fast mystisch:

> Das Unrecht ist das Gegentheil des Rechts, es muss daher darin bestehn, daß der Einzelwille in der Sphäre des äussern Daseins mit dem allgemeinen nicht identisch ist. Dieser Gegensatz verwirklicht sich aber in folgenden Stufen: 1) der Wille ist zunächst die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu sein oder dasselbe zu verletzen — das blos mögliche (polizeiliche) Unrecht. (Folgt das auf S. 110 citirte.)

Aufgeklärt einigermaßen wird dies durch § 18 des Systems, § 183 der Neuen Revision: Die gefährlichen Handlungen hält Köstlin für die das Gebiet der Polizeivergehn erfüllenden, Handlungen die das Recht nicht wirklich verletzen nur die Möglichkeit der Rechtsverletzung in sich tragen. Rechtsverletzung ist hier die Verletzung objectives Rechts, sonst würde Köstlins Lehre mit der von ihm angefochtenen Theorie Feuerbachs zusammenfallen. Aber ist die Verletzung des Polizeigebots nicht auch Rechtsverletzung? ist das Polizeigesetz kein Recht? Köstlin muss einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Polizeigesetz und dem Strafgesetz behaupten, dieses bezieht sich auf das an sich Unrechte, jenes auf das Gefährliche.

Wie bei vielem andern so hat auch hier Köstlin sich nicht die Mühe genommen seine Gedanken fertig auszudenken. Er operirt mit vagen Begriffen, die bald auseinander bald zusammenfliessen. Unterscheiden lassen sich Handlungen die subjective Rechte verletzen

und die dergleichen nicht verletzen, ferner objectives Recht ver- §11.
letzende und nicht verletzende Handlungen, drittens Handlungen welche die Staatsinteressen nur gefährden und solche die sie wirklich verletzen. Unklar wird Köstlin dadurch daß er diese Unterschiede nicht genügend auseinander hält. Daß übrigens der erste Unterschied zur Abgrenzung der Polizeivergehn nicht zu benutzen ist ward schon gegen Feuerbach gezeigt; auch der zweite ist nicht brauchbarer, weil nicht zu erweisen ist, daß der Verstoß wider das Polizeigesetz keine Verletzung objectives Rechtes sei. Aber auch aus dem Unterschiede der die Staatsinteressen gefährdenden und der wirklich schädlichen Handlungen ist eine feste Grenzlinie zwischen Verbrechen und Polizeivergehn nicht herzuleiten, da wir in vielen Fällen gar nicht zu entscheiden vermögen ob eine Handlung nur gefährlich oder auch schädlich ist. Auch haben wir schon erkannt daß gefährliche Handlungen an sich ebenso zu den strafbaren gehören wie die schädlichen, daher die praktische Benutzung einer solchen Unterscheidung, wenn sie übrigens möglich wäre, willkürlich erscheinen müsste.

Andere schlagende Argumente dawider, die Gefährlichkeit zum Kriterium der Polizeivergehn zu machen, sind schon von Stahl aufgestellt worden (Staatslehre § 185). Aber auch Stahl selber behauptet eine principielle Verschiedenheit der Polizeiübertretungen und der Verbrechen.

> Auch eine Ueberschreitung der äussern Gebote des Staats kann nicht Verbrechen sein, wenn sie nicht gegen die Gesetze der Rechtsordnung gerichtet ist, sondern nur gegen die Gebote des Staats zur Förderung und zum gemeinen Besten. Darauf beruht die wohlbegründete Unterscheidung zwischen Criminalverbrechen und bloßen Polizeiübertretungen. So ist alles was verletzendes gegen die Gebote zur Förderung des Wohlstandes, der Bildung, der Sanität, der allgemeinen

§ 11. Sicherheit u. s. w. geschieht bloße Polizeiübertretung. Die Polizeiübertretung trifft nicht die Rechtsordnung in ihrer Substanz, nicht die geheiligten Grundlagen und Grundverbindungen des menschlichen Gemeindelebens (Leben, Eigenthum, Bestand des Staats) sondern nur Zwecke und Aufgaben, welche die menschliche Gemeinschaft von diesen Grundlagen aus anstrebt. Handlungen welche nicht gegen die zehn Gebote sondern nur gegen Anordnungen des Staates sind, fallen nicht in die Kategorie der Verbrechen sondern der Polizeiübertretungen.

Ich glaube nicht Stahl unrecht zu thun, wenn ich annehme daß er auf die zehn Gebote hier nur darum sich berufen habe, weil die Abtheilung übrigens ihn selber nicht scharf und sicher genug zu sein dünkte. Geben aber die zehn Gebote zur Unterscheidung von Verbrechen und Polizeivergehn den sonst nicht zu entdeckenden festen Anhalt? Zunächst ist soviel gewis, daß nach unserem positiven Recht, und dies wollen wir nicht aus den Augen lassen, nicht alles was wider die zehn Gebote verstößt Verbrechen ist, so Götzendienst, Nichtachtung des Sabbaths und anderes. Freilich hat dies auch Stahl nicht behauptet. Nur was nicht gegen die zehn Gebote wäre, das sollte auch nicht Verbrechen sein können. Nicht gegen die Worte, oder nicht gegen den aus diesen Worten irgend wie herzuleitenden Göttlichen Gedanken? Nicht wider die Worte ist Hochverrath, Sodomie. Gehn wir aber daran den in den Worten ruhenden Keim völlig zu entwickeln, so giebt es, meine ich, kein Polizeivergehn, was nicht auch den Verstoß gegen die zehn Gebote enthalte. In der Verehrung, die wir Gott schulden, liegt auch die Ehrfurcht vor dem Staat als einer Göttlichen Institution, sie wird verletzt durch Uebertretung je welches Staatsgebots. Auch in der Polizeiübertretung liegt thatsächliche Widersetzlichkeit gegen den Staat: es ist Göttliches Gebot daß der einzelne dem Staate sich

nicht widersetze, diese sittliche Pflicht wird verletzt auch durch das §11.
Polizeivergehn. Wer die Herrlichkeit des Staats im kleinsten Theile leugnet, leugnet auch die Herrlichkeit Gottes.

Die Unterscheidung der Verbrechen und Polizeivergehn dürfte aber bei Stahl wie bei andern auf die nicht immer klar ausgesprochene Grundanschauung zurückzuführen sein, daß es gewisse Handlungen gebe, die der Staat unbedingt für strafbar erklären müsse, andere die er auch wol mit Strafe bedrohn könne ohne doch hiezu von innerer Nothwendigkeit gezwungen zu werden. Wäre dem also, so würde der ursprüngliche Unterschied allerdings zum theile dadurch verwischt werden, daß der Staat seinen Willen kund thut, indem nach diesem Ausspruch die vorher vielleicht unschuldige Handlung den Charakter einer Widersetzlichkeit gegen den Staat annimmt und somit zu dem auch principiell strafbaren hinübertritt, aber nichtsdestoweniger wäre es der Mühe werth dem etwaigen Fortwirken dieses Unterschieds nachzuspüren. Aber der Unterschied besteht auch von vornherein nicht. Von Gott sind dem Staate Aufgaben gestellt und Zwecke gesetzt. Der Staat soll diese Zwecke verfolgen, soweit er es mit den ihm gegebenen Kräften kann; nichts anderes soll er unternehmen. Was er thut, soll er aus Göttlicher Nothwendigkeit, aus eigner Willkür nichts thun. Gleichgültige Staatshandlungen giebt es nicht, entweder der Staat thut was er thun soll, oder er thut was er nichtthun sollte. Wo ihn keine Pflicht treibt hat er nichts zu thun, sein thun ist ein überflüssiges; wo er aber handelt, da gilt es die von Gott geordnete Pflicht zu erfüllen. Ist es Aufgabe des Staats Wohlstand, Bildung, Sanität die allgemeine Sicherheit seiner Unterthanen zu fördern, so ist auch was er zu diesen Zwecken thut Pflichterfüllung, nothwendig nach Göttlichem Rathschluss. Was ihm hier entgegentritt, das scheint zugleich dem höchsten Willen, der den Staat auf diesen Weg gewiesen hat, entgegenzutreten; also muss der Staat es bekämpfen,

§ 11. und, falls es von einem der Staatsgewalt Untergebenen ausgeht, strafen. Nichts giebt es was der Staat mit gleichem Fuge strafen und unbestraft lassen könnte; die Strafpflichten des Staats sind scharf abgegrenzt, wo sie aufhören darf er, kann er nicht strafen. Wo eine Strafpflicht besteht kann er auch nicht strafen, aber es ist diese Unterlassung an sich eine Pflichtverletzung, die durch Umstände geboten sein, aber nicht gleichgültig gemacht werden kann. Entweder die Umstände rechtfertigen sie, oder sie ist ungerechtfertigt, unerlaubt; ein drittes ist undenkbar.

Man mag mir einwenden daß ich idealisire. Dem Princip nach freilich sollte der Staat nur von Gott gesetzte Pflichten erfüllen, in Wirklichkeit aber thue er oft auch was er nicht solle, und ebenso gebe es genug der Staatshandlungen die dem menschlichen Auge wenigstens nicht anders denn als gleichgültige erscheinen. Dies könne auch nicht anders sein, nach Beschaffenheit der Kräfte, über die der Staat gebiete. Eins will ich zugeben. Meine Entwicklung ist richtig nur für den Christlichen Staat, d. h. für denjenigen, in dem nicht blos die Mehrzahl der Bevölkerung den Christlichen Glauben bekennt, sondern der selber das Christenthum als sein Grundprincip betrachtet. Und daß es solche Christliche Staaten in Wirklichkeit geben solle, das möchten auch Berners Worte (Arch. d. Cr. Rs. N. F. Jg. 1849 S. 461, 62) „daß der Gedanke eines christlichen Staats oder einer Staatskirche nur in confusen Köpfen die allenfalls auch von einer juristischen Religion sprechen würden spuken könne", nicht widerlegt haben. Auf die Gefahr von B. in die Reihe der confusen Köpfe gezählt zu werden wollen wir es hiebei ankommen lassen.

Der Christliche Staat weiss daß seine Aufgaben ideal sind, während die ihm verliehenen Kräfte endlich beschränkt zur Erfüllung derselben nicht ausreichen, er weiss daß er im einzelnen viel versehen wird, aber er wird darum doch nichts wissentlich versehen.

Der Staat handelt nach beschränkter Einsicht; er weiss daß seine §11.
Einsicht beschränkt ist, aber er darf darum doch nicht wider diese Einsicht handeln. Der Staat weiss daß, wenn er nach bester Einsicht handelt, er manches thun wird was von klügeren als schädlich erkannt werden mag; darin liegt aber nicht die Berechtigung auch das zu thun was ihm selber als schädlich erscheint. Der Christliche Staat wird überall thun nicht was nach Göttlichem Gesetz nothwendig ist, sondern was ihm als so nothwendig erscheint. Der Staat kann nicht aussprechen daß er den Erlass irgend eines Gesetzes als schädlich oder gleichgültig betrachte, die einzige Form dies zu äussern wäre die Unterdrückung des Gesetzes. Indem der Staat ein Gesetz aufstellt, spricht er aus daß er dies Gesetz für nothwendig erachtet; jedes Strafverbot also sagt daß die Bestrafung des Verbotenen dem Göttlichen Willen, wie der Staat diesen erkenne, gemäß sei, daß das Verbotene selber ihm als etwas an sich, nicht erst wegen des Verbots, dem Göttlichen Willen widerstrebendes erscheine.

Analysiren wir einen concreten Fall. Das Verbot der Verausgabung kleinerer Apoints fremdes Papiergelds dürfte nach den Theorieen aller die Polizeiübertretungen und Verbrechen principiell unterscheiden zu können vermeinen, als polizeiliche Vorschrift, der Verstoß dawider also als Polizeivergehn gelten. Das Verbot an sich mag vielen als etwas schädliches oder auch indifferentes erscheinen; der Staat der das Verbot erlässt wird sich nicht verhehlen können, daß vielleicht diese vielen Recht haben. Aber nach seiner Einsicht haben die vielen unrecht, wäre er nicht hievon überzeugt, so müsste er ihrem Rathe folgen und das Verbot aufheben. Der Staat, sagen wir zunächst, glaubt an die Nützlichkeit seines Verbotes. Aber indem er diesen Glauben durch die That bewährt, spricht er zugleich seinen Glauben an die Nothwendigkeit dieser Bethätigung aus. Wenn schlechtes Papiergeld in großer Masse cur-

§ 11. sirt, so wird dieser und jener Schaden davon haben, vielleicht nicht heute und morgen aber gewis nach Jahren. Das kleine fremde Papiergeld aber ist schlechtes Papiergeld, schon weil es sich der Controlle ob ächt ob gefälscht entzieht. Es entspricht also dem Nutzen von diesem und jenem, ihn vor solchem Gelde zu bewahren. Darin liegt noch kein Grund für den Staat zu handeln. Es giebt vieles was dem einen und dem andern Vortheil oder Schaden bringen möchte, der Staat kümmert sich nicht darum, und hat sich nicht darum zu kümmern. Der Staat kümmert sich nur deshalb um den möglichen Schaden des einzelnen durch fremdes Papiergeld, weil er glaubt er müsse sich darum kümmern, es sei die ihm gesetzte Aufgabe Schaden der Art von seinen Unterthanen abzuwehren. Das Wohl der einzelnen zu wahren nach Seiten, wohin nicht die Kraft des einzelnen nur die Staatskraft zu wirken vermag, das hält der Staat für seine ihm von Gott auferlegte Pflicht, und er erlässt das Verbot in der Meinung einen Theil dieser Pflicht damit zu erfüllen. Nicht die Nützlichkeit der Maßregel an sich, sondern der Glaube an die Nothwendigkeit derartig nützliches zu thun bestimmt den Staat zum handeln.

Wir beharren also dabei daß der Christliche Staat trotz Erkenntnis der eigenen durchgängigen Gebrechlichkeit nur strafbares, den von Gott gesetzten Staatszwecken zuwiderlaufendes, zu strafen unternehmen könne. Mag er thatsächlich nicht immer das diesen Zwecken wirklich widerstrebende, sondern was er für das widerstrebende hält, mit Strafe bedrohen, er ist doch nicht im Stande eine Verschiedenartigkeit unter dem von ihm bedrohten anzuerkennen, wirklich und nur vermeintlich strafbares zu sondern; dies letztere müsste, sobald es als nicht wirklich strafbares anerkannt würde, zum straflosen werden. Wenn aber der Staat den Unterschied nicht anerkennen kann, so darf auch der einzelne dem Staate gegenüber ihn nicht behaupten. Für sich freilich darf jeder denken was er will; so auch daß der Staat

bald strafbares bald gleichgültiges oder gar den Staatszwecken ent- § 11.
sprechendes mit Strafe belegt habe. Aber dem Staate gegenüber ist solchem Denken praktische Wirkung nicht zu geben. Der Einzelne kann sich selber Unfehlbarkeit nicht zuschreiben, und keinen zwingenden Beweis dafür erbringen daß er im Recht der Staat im Unrecht sei; will der Staat nicht selber sein Unrecht erkennen, so ist kein Dritter befugt ein gültiges Urtheil gegen ihn zu sprechen.

Es gilt hier ganz dasselbe was wir schon oben über etwaige unsittliche sündhafte Gebote des Christlichen Staats bemerkt haben. Der Staat kann sie nicht ganz vermeiden, er kann aber im einzelnen Fall das Unsittlichsein nicht anders anerkennen als durch die Aufhebung des Gebots. In dem Bestehenlassen liegt die Anerkennung der Sittlichkeit, ebenso in dem Bestehenlassen des Strafverbots daß dasselbe nach Ansicht des Staats auf etwas principiell strafbares sich beziehe; der einzelne kann die individuelle Ueberzeugung haben daß der Staat hiebei irre, aber kein einzelner kann dem andern seine Ueberzeugung aufzwingen, jeder objective allgemein gültige Maßstab fehlt. — Wer also danach Verbrechen und Polizeivergehn abgrenzen wollte, ob der Staat an sich strafbares oder indifferentes mit Strafe bedroht habe, der würde zu einer schwankenden nach dem Gesichtskreis je des einzelnen wandelbaren Unterscheidung kommen.

Mit den hier vertheidigten Ansichten stimmen die Resultate der neueren Deutschen Gesetzgebung im wesentlichen überein. Das alte Gemeinrecht bietet keinen festen Anhalt für Unterscheidung der Verbrechen und der polizeilichen Uebertretungen. Den Quellen des gemeinen Rechts fehlt es nicht an Abtheilungen der einzelnen Vergehungen, aber für die gesuchte principielle Unterscheidungen ist dort nichts zu finden. Das Fehlschlagen der Versuche, die einzelne gemacht haben an ältere im gemeinen Recht vorhandne Gegensätze anzuknüpfen, beweist dies zur genüge. Bedeutenderen Einfluss hat

§ 11. auf unsere Particularrechte in dieser Beziehung die Französische Gesetzgebung ausgeübt. Der code pénal art. I unterscheidet nach in äusserlichen Merkmalen:

L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. — L'infraction que les lois punissent de peines correctionelles est un délit. — L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime.

Die Dreitheilung ist zunächst vom Bairischen Strafgesetzbuch aufgenommen. Hier hat man sich aber an den äusserlichen Merkmalen nicht genügen lassen, sondern innere damit zu verbinden gesucht,

Art. 2. — Strafbare Handlungen sind entweder Verbrechen oder Vergehen oder Polizeiübertretungen —

Alle vorsätzlichen Rechtsverletzungen welche wegen Beschaffenheit und Größe der Uebelthat mit Todesstrafe u. s. w. bedroht sind heissen Verbrechen.

Unter Vergehen werden verstanden alle unvorsätzlichen wie auch alle diejenigen vorsätzlichen Rechtsverletzungen welche wegen ihrer geringeren Strafbarkeit mit Gefängnis u. s. w. und anderen geringeren Uebeln geahndet werden.

Handlungen oder Unterlassungen welche zwar an und für sich Rechte des Staats oder eines Unterthans nicht verletzen jedoch wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit verboten oder geboten sind, desgleichen diejenigen geringeren Rechtsverletzungen welche durch besondere Gesetze den Polizeibehörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen werden heissen Polizeiübertretungen.

Die Einwirkung der Feuerbach'schen Theorie auf diese Definitionen ist unverkennbar, ebenso daß man die Theorie consequent durchzuführen für unthunlich erachtet hat. Die Resultate aber dieser Verschmelzung einer principiellen Abgrenzung mit der rein äusser-

lichen Unterscheidung können nicht wol für anderes denn etwas willkürliches angesehn werden. Dem Bairischen Recht hat sich Oldenburg angeschlossen ohne Modification, Art. 3 des Strafgesetzbuchs für die Oldenburgischen Lande. Der Bairische Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen von 1854 enthält keine Definition der Uebertretung, dagegen lassen die Motive (Einleitung II) dahin sich aus, daß §11.

> der vom rein theoretischen Standpunkte aus allerdings zu rechtfertigende Grundsatz, wonach alle wirklichen Rechtsverletzungen auch die geringfügigsten, insofern sie nicht blos dem Bereiche des Civilrechts angehören, in die Kategorie der Verbrechen und Vergehen gezogen, dem Gebiete der geringeren Uebertretungen aber ausschliessend nur Rechtsgefährdungen zugewiesen werden sollen, in dem gegenwärtigen Entwurfe zwar vorwiegend berücksichtigt, jedoch nicht als unbedingt bindende Richtschnur für die neue Strafgesetzgebung beibehalten wurde, weil er bei ausnahmsloser Anwendung sich theils mit dem Sinne und Wortlaut der präparatorischen Gesetze nicht vereinbart, theils offenbar unpraktisch ist, was sicherlich Niemand in Abrede stellen wird, der

dies und jenes erwägt. Hinsichts der Abgrenzung der Polizeiübertretungen also will man in Baiern bei der Vermengung theoretischer und praktischer Marksteine beharren, wogegen für den Unterschied der Verbrechen und Vergehen die inneren Kennzeichen ganz aufgegeben sind. Artikel I des genannten Entwurfs sagt:

> Die in dem gegenwärtigen Gesetzbuche bezeichneten Handlungen sind Verbrechen wenn sie mit Todes- oder Zuchthausstrafe, Vergehen wenn sie mit Gefängnis- oder Geldstrafe bedroht sind.

Das Preussische Recht unterschied schon in seiner früheren Ge-

§ 11. stalt, Allg. Landrecht II 17 § 62, die Polizeivergehungen rein äusserlich, Handlungen die mit höchstens 14 Tagen Gefängnis oder mit 5 Thalern Geldstrafe bedroht waren. Das neue Strafgesetzbuch unterscheidet Verbrechen Vergehen und Uebertretungen und zwar, dem Französischen Vorbilde gleich, lediglich nach der Größe der auf die Handlung gesetzten Strafe (vergl. d. Pr. Str. G.-B. § 1). Wie nach Französischem und Bairischem Rechte kommen die so unterschiedenen Klassen der Straffälle vor verschiedene Gerichtskörper, zugleich greifen hinsichts der Behandlung des Versuchs, der Theilnahme des Rückfalls der Verjährung, aber nicht auch hinsichts der Zurechnung und der Rechtskenntnis Verschiedenheiten platz, bald zwischen den Uebertretungen und den schwereren Straffällen, bald auch zwischen Vergehen und Verbrechen.

Die Mehrzahl der Strafgesetzbücher der kleineren Deutschen Staaten handelt so wie der Bairische Entwurf von Polizeiübertretungen gar nicht. Auf den ersten Blick könnte es scheinen als ob dem eine principielle Unterscheidung der rechtlich strafbaren Handlungen und der nur polizeilich zu ahndenden zu Grunde läge. Auch dürften in der That die Verfasser der Gesetzbücher, im Vertrauen auf die Lehre unserer Theoretiker, nicht selten an das Dasein einer solchen Unterscheidung geglaubt haben, deren sie aber sich selber recht klar zu werden, und darum dieselbe praktisch wirksam zu gestalten nicht vermochten. So sagen die Motive zum Braunschweigischen Gesetzbuch S. 144 „am zweckmäßigsten erscheint es die einem ganz andern Gebiete angehörenden polizeilichen Vorschriften von einem Criminalgesetzbuche fern zu halten" auf der folgenden Seite wird dann die Definition des „einem ganz andern Gebiete angehörenden" unternommen:

> der Begriff der Polizeivergehn muss aber nach der hiesigen Gesetzgebung aus einem doppelten Gesichtspunkte aufgefasst werden:

A. formell, indem alle Verbrechen mögen sie ihrem Wesen §11.
nach auch in das Gebiet des Criminalrechts gehören doch als polizeiliche anzusehn sind, wenn sie polizeilich bestraft werden, d. h. keine härtere als eine Strafe bis von 14 T. Gefängnis oder 10 Thlr. Geld nach sich ziehn;

B. materiell, indem hieher alle Vergehn, welche ihrer inneren Natur nach polizeiliche sind, werden gerechnet werden, auch wenn sie mit härteren als die eben bemerkten Strafen bedroht sind.

Damit ist nun zwar nicht gesagt welche Vergehn „ihrer inneren Natur nach polizeiliche" sind, wol aber anerkannt daß dieselben nicht anders zu behandeln seien als Vergehn, die zwar „ihrer innern Natur nach" nicht zur Kategorie der Polizeiverbrechen gehören, sondern aus andern Gründen nur mit geringer Strafe belegt werden. Der praktisch durchgeführte Unterschied ist also auch hier wesentlich ein äusserer. Dem entspricht vollkommen daß leichtere Fälle von Vergehungen, die criminell strafbar sind, der polizeilichen Ahndung überwiesen werden; so im § 110, 116, 131 u. a. des Braunschweigischen Criminalgesetzbuches. Aehnliche Bestimmungen enthalten fast alle anderen neuen Deutschen Strafgesetzbücher, vgl. Köstlins System S. 24. N. 5. Andererseits pflegen manche Handlungen, welche von denen die principielle Unterscheidungen wollen zu den Polizeiübertretungen zu stellen wären, in den Strafgesetzbüchern unter den Verbrechen aufzutreten. So bedroht das Sächsische Strafgesetzbuch in Artikel 339 „Winkelschriftstellerei" A. 354 „Gewerbsmäßige Unzucht" A. 360 „Feilbieten unzüchtiger Schriften" A. 361 „Thierquälerei"; auch Wucher, (vergl. Artikel 340—348,) der von vielen z. B. von Feuerbach und Wächter zu den Polizeivergehn gerechnet wird.

Das Oesterreichische Strafgesetzbuch unterscheidet sich wesentlich von allen andern Deutschen Strafgesetzen hinsichts der Be-

§ 11. grenzung des Verbrechens. Die ersten Worte des Oesterreichischen Gesetzes (§ 1) sind: „Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert". Der erste Theil des Strafgesetzes handelt nur von den Verbrechen, der zweite von den Vergehen und Uebertretungen. Den Begriff derselben im Gegensatz zu den Verbrechen zu bestimmen sind besonders zwei Paragraphen von Bedeutung.

§ 233 Die in diesem (zweiten) Theile des Strafgesetzes vorkommenden Vergehen und Uebertretungen sind insgesammt Handlungen oder Unterlassungen, die jeder als unerlaubt von selbst erkennen kann, oder wo der Thäter die besondere Verordnung, welche übertreten worden, nach seinem Stande seinem Gewerbe seiner Beschäftigung oder seinen Verhältnissen zu wissen verpflichtet ist. Die Unkenntnis dieses Strafgesetzes kann also rücksichtlich der in demselben vorkommenden Vergehen und Uebertretungen nicht entschuldigen. (Dem Resultate nach gleich aber kürzer ist die Bestimmung des § 3 „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich Niemand entschuldigen".)

§ 238 Schon die gegen ein Verbot begangene Handlung oder wider ein Gebot geschehene Unterlassung ist insoferne sie durch dieses Gesetz dafür erklärt wird ein Vergehen oder eine Uebertretung, obgleich weder eine böse Absicht dabei mit untergelaufen noch Schaden oder Nachtheil daraus erfolgt ist.

Vergleicht man hiemit einige anderen Stellen Oesterreichischer Gesetze, besonders die Definition der schweren Polizeiübertretungen in der Einleitung zum Strafgesetzbuch von 1803:

Absichtliche Verletzungen, welche aber nach Beschaffenheit des Gegenstandes u. s. w. zu einer Criminalbehandlung nicht geeignet sind, werden als schwere Polizeiübertretungen behandelt. Unter die schweren Polizeiübertretungen gehört noch weiter wenn ohne auf irgend ein Verbrechen gerichtete Absicht etwas,

so durch die Gesetze um Verbrechen vorzukommen oder großen § 11.
Nachtheil abzuwenden, zu thun verboten ist, gethan, oder etwas, was zu diesem Ende zu thun geboten ist, unterlassen wird. Endlich werden wegen des allgemeinen Einflusses der Sittlichkeit auf die Verhinderung der Verbrechen auch Handlungen welche die öffentliche Sittlichkeit stören zu den schweren Polizeiübertretungen gerechnet;

so möchte man zu dem Schluss gelangen, daß das Oesterreichische Recht Uebertretungen auch da annimmt, wo die inneren Momente der Strafbarkeit nicht vorhanden sind, weder Dolus noch Culpa. Herbst (Handbuch d. allg. Oesterr. Strafrechts) bemerkt zwar zu § 238 daß der daselbst aufgestellte Grundsatz, „schon die einem Verbots- oder Gebotsgesetze zuwiderlaufende Handlung oder Unterlassung genüge zu einem Vergehen oder einer Uebertretung", ohne Zweifel wesentlichen Beschränkungen unterliege, insbesondere der, „daß die gesetzwidrige Handlung oder Unterlassung dem Thäter müsse zugerechnet werden können", aber diese Beschränkung scheint doch nach den übrigen Ausführungen ihm selber nicht als eine durchgreifende, auch auf die „eigentlichen Polizeiübertretungen" bezügliche zu gelten. In der Einleitung (Bd. I S. 16 f.) unterscheidet er vom Verbrechen drei Arten strafbarer Handlungen:

a) unmittelbare und vorsätzliche Verletzungen der Rechtsordnung, eigentlich kleinere Verbrechen; wogegen eigentliche Vergehen und Uebertretungen entweder

b) unmittelbare aber nicht vorsätzliche (culpose) Verletzungen der Rechtsordnung sind, oder

c) blos in der Nichtbeobachtung von polizeilichen Maßregeln zur Sicherung des Rechtszustands bestehen.

Kurzum die Oesterreichische Gesetzgebung und Doctrin dürfte einstweilen mit dem Begriff und der Begrenzung der Polizeiübertretungen noch nicht ganz im Reinen, aber doch wenigstens insofern

§ 11. auf rechtem Wege sein, als man die Wirksamkeit der Strafsatzungen, welche eine Verfolgung principiell unstrafbarer weil unzurechenbarer Handlungen als Polizeivergehn verordnen, zu beschränken sucht. Geht man consequent fort, so wird man alle Polizeivergehn als das was sie sind, d. h. als kleine Verbrechen erkennen.

Das in Deutschland geltende Recht, sagte ich, stimme im wesentlichen mit der hier vertheidigten Auffassung der Polizeiübertretungen überein. Eine principielle Unterscheidung derselben von den eigentlichen Verbrechen ist nirgends, trotz allen bewussten und unbewussten Versuchen durchgeführt. Aber nach äusseren Kennzeichen zumal nach der Größe der Strafe hat man vielorts die Abgrenzung mit Erfolg durchgeführt. Auch daß von Polizei- und sonstigen Verwaltungsbehörden Strafverbote erlassen werden können, findet sich in den meisten Deutschen Ländern. Was wir drittens zugegeben hatten, daß Polizeigesetze rein als Mittel zum Zweck gewisse Erfolge auszuschliessen auch da Strafe drohen könnten, wo die Requisite der Strafbarkeit nicht ganz vorhanden sind, das scheint wenigstens dem Oesterreichischen Recht kein fremder Gedanke zu sein.

---

§ 12.

Entstehung und Inhalt des Strafrechts. Interpretation.

§ 12. Von den Verbrechen, gleichsam dem Stoffe auf den das Criminalrecht sich bezieht, gehen wir über zu der Form in der es seinen Ausdruck findet. Ueberall haben wir Rechtsnormen von zweierlei Art, Gesetz- und Gewohnheitsrecht zu unterscheiden, je nachdem der Staat seinen Willen etwas als Recht anzuerkennen ausdrücklich ausgesprochen hat oder nicht. In der Geschichte sehn wir meist criminalrechtliche Gewohnheiten neben Criminalgesetzen stehn; es geschieht aber auch daß das Strafrecht eines Volks lediglich

lich auf Gewohnheiten beruht. Ob ein Strafrecht auch durch län- §12.
gere Zeit reines Gesetzesrecht sein kann, dürfte noch fraglich erscheinen. Daß der Gesetzgeber darauf verfällt das Gewohnheitsrecht zu verbieten genügt zum Beweise nicht, denn es bleibt die Frage ob das Verbot selber auf die Dauer gegen die Kraft des Gewohnheitsrechts sich zu behaupten vermag.

Wer annimmt die Strafe sei ihres Zweckes wegen gerecht, und ihr Zweck sei die Verhütung der Verbrechen, der kommt leicht dahin die Entstehung des Strafrechts etwa so zu denken. Der Staat sei ein Mal zu der Einsicht gekommen, daß gewisse Handlungen der einzelnen seinen allgemeinen Zwecken zuwiderlaufen. Er habe denselben zunächst durch einfaches Verbot begegnen wollen. Das genüge für alle guten wohlgesinnten, die dem Staat gern folgen, vorausgesetzt nur daß sie wissen was er verlangt. Die Bösen abzuschrecken habe man die Strafdrohung angehängt, und um diese dann in Kraft und Ansehn zu halten, müsse der Staat die gedrohten Strafen vollziehn. So wird die Strafgewalt des Staats aus dem Strafgesetz der Strafdrohung hergeleitet, das Kalb zur Mutter der Kuh gemacht. Denn wer nicht strafen darf, der darf auch nicht Strafe drohen, und das selber unberechtigte Drohen kann die spätere Erfüllung der Drohung nicht rechtfertigen. Anders wenn man sagt, der Staat sei zwar an sich zum strafen berechtigt, er dürfe aber nicht unbedingt strafen, vielmehr sei die Ausübung seiner Strafgewalt an die Bedingung geknüpft, daß er den zu Bestrafenden erst die erforderliche Belehrung über das was er strafen werde habe angedeihen lassen. Dies ist zwar kein widersinniger aber ein unbewiesener, auch aus der Geschichte nicht zu belegender Gedanke.

Historisch wie logisch erscheint die Strafgewalt als das Princip, aus dem erst im Lauf der Zeit das Strafrecht sich entwickelt. Die Römer und, soweit wir sehn können, auch die Germanischen

§ 12. Stämme haben, sobald sie zu einem staatlichen Bewusstsein gekommen waren, Vergehungen der einzelnen gestraft ohne daß hiefür feste Normen bestanden. Allmälich bilden sich aus den einzelnen Strafacten Sitten und Gewohnheiten, und ohne Strafgesetze sind Römer und Germanen Jahrhunderte lang ausgekommen. Die Ausbildung des Strafrechts erfolgt nicht um dem Staate eine Strafgewalt zu verschaffen, sondern um die Uebung der von Anfang an vorhandenen Strafgewalt zu regeln. Daß diese rechtliche Regelung und Fixirung dem Wesen der Strafgewalt nicht völlig entspricht, aber bei häufiger Strafübung aus äusseren Gründen unentbehrlich wird, ist im § 3 ausführlich dargelegt worden.

Auch das ist schon besprochen, daß das Strafgewohnheitsrecht den auf das Verkehrsleben bezüglichen Rechtsgewohnheiten nicht ganz gleichartig ist. Nur die Strafhandlungen kommen für jenes in betracht, Handlungen die von den einzelnen namens des Staats und mit dem Bewusstsein zu erfüllender Pflichten vorgenommen werden. Die Handlungen des Verkehrslebens erscheinen häufig als unbefangene Aeusserungen der menschlichen Natur, die unmittelbar aus sich selber die Antwort auf die Fragen schöpfen wird, in wie weit sie durch die gegebenen Verhältnisse sich bestimmen zu lassen habe, und wie sie andererseits die äusseren Verhältnisse sich bequem zurecht rücken könne. Das Unmittelbare und Unbefangene geht den Handlungen ab, aus denen Strafgewohnheiten erwachsen, überall kommt hier die menschliche Erkenntnis in ihrer Gebrechlichkeit mit in das Spiel.

Die Bildung von Rechtsgewohnheiten geht immer zunächst nur von denen aus, welche diejenigen Handlungen vornehmen, aus deren Betrachtung wir das Dasein der Gewohnheit erkennen; kaufmännische Gewohnheiten entstehn so lediglich aus dem Kaufmannsstande, processualische Gewohnheiten können nur von Richtern ausgebildet werden. Freilich steht jeder einzelne mit den an-

dern Ständen angehörigen Zeitgenossen in gewissem Zusammen- §12.
hange, die Ansichten des einen wirken auf den andern ein über die Standes- oder Berufsgrenzen hinaus, so kann der einzelne durch allgemeine Ueberzeugungen bestimmt werden. Aber was gerade diejenigen Handlungen anlangt, die ausschliesslich innerhalb gewisser Berufsklassen vorgenommen werden, so wird auf diese die Einwirkung solcher allgemeiner Ueberzeugungen eine sehr geringe sein, zumal das Dasein einer allgemeinen Ueberzeugung betreffend eine durch die Thätigkeit weniger zu erledigende Frage gar selten zu beweisen sein dürfte. Wo jeder freie Bürger nach Umständen für den Staat Straferkenntnisse zu sprechen hat, da müssen natürlich Ueberzeugungen, die in der Gesammtheit der freien Bürger leben, für die Fortbildung des Strafrechts maßgebend sein; wo ein besonderer Richterstand mit der Strafübung betraut ist, geht nur von diesem die Bildung der Strafgewohnheiten aus. Nur insofern die Ueberzeugungen des Richterstandes mit den Ansichten anderer Stände in je welcher Harmonie stehn müssen und durch diese beeinflusst werden, ist auch den andern Ständen die Möglichkeit wenigstens einer indirecten Einwirkung auf diese Rechtsbildung nicht ganz abzusprechen. Sehr richtig sagt Morstadt (krit. Commentar zu Feuerbach, Anm. zu § 5) für die neuere Zeit:

> Von Gewohnheiten (juribus non scriptis) kann im Criminalfeld offenbar nur diejenige zur Existenz gelangen, welche in complexu »usus fori« heisst; nicht auch der usus populi weil seit Stiftung des ewigen Landfriedens das jus criminaliter puniendi eine ausschliessliche Gerechtsame der Staatsgewalt ist, welche von dieser Gewalt nur durch Richter ausgeübt werden kann; ohne Ausübung aber keine Gewohnheit denkbar ist, folglich zur Entstehung der criminalistischen Gewohnheit des Richters cooperatio unerlässlich mitgehört.

Durch die Betheiligung von Geschworenen bei der Strafrechts-

§ 12. pflege wird hieran wenig geändert; einmal weil die Geschworenen eigentliche Rechtsfragen nur wenn sie mit den Thatfragen unlösbar verwachsen sind zur Entscheidung vorgelegt erhalten; sodann weil den einzelnen Geschwornen meist alle Ueberlieferung fehlt, und doch nur wo das Band der Ueberlieferung die einzelnen Handlungen zusammenschliesst diese wirkliche Rechtsgewohnheiten darzustellen vermögen.

Einzelne Juristen haben auch für das gesetzliche Strafrecht behauptet, es solle dies der „Volksüberzeugung", dem „allgemeinen Rechtsgefühl", der „Gerechtigkeit" entsprechen. Aber wenn wir schon die unmittelbare Wirksamkeit solcher Volksüberzeugung für das Strafgewohnheitsrecht leugnen mussten, wie vermöchten wir sie für das Gesetzesrecht zu behaupten? Die mögliche mittelbare Einwirkung allgemeiner Ueberzeugungen, denen auch Richter und Gesetzgeber auf die Dauer sich nicht entziehn können, ist schon zugegeben. Demnach müsste immer ein gewisser Einklang zwischen den allgemeinen Ueberzeugungen und dem geltenden Recht bestehn; dem mittelbaren Einfluss dieser Ueberzeugungen möchte etwa die Beseitigung der Folter zuzuschreiben sein. Aber gerade im Widerspruch hiemit gefällt man sich das bestehende Recht und die Volksüberzeugung als in schroffem Gegensatz befindlich zu zeichnen. Man vergisst dabei daß es geradezu unmöglich ist von der Volksüberzeugung ein klares Bild zu gewinnen, daß auch dem schärfsten Auge diese Volksüberzeugung stets als ein nebelhaftes Etwas vorschweben muss. Man sagt wol: geht unter das Volk und seht, hört lernt vom Volk. Das Volk besteht aus den höheren Schichten so gut wie aus den niederen. Ich verkehre mit diesen und jenen, trage ihnen dieselben Fragen vor: da entscheidet B anders als A, C anders als D, auch nicht nach Ständen gleich sondern gleich und verschieden nach unberechenbaren Einflüssen. Aber darin sind die meisten sich gleich, daß sie keine festen Ansichten haben, daß wenn ich die-

selbe Sache von einer und der andern Seite vortrage, sie erst so §12.
dann anders entscheiden, daß allmälich es mir gelingt ihr Urtheil nach meinem Belieben zu bilden. Wann kann ich nun sagen, ich habe die Volksüberzeugung gepackt? wann ich alle einzelnen Individuen, die dem Deutschen Volke angehören, so ausgefragt habe? Und könnte ich das, und schriebe ich alle Antworten zusammen, wie sollte ich daraus Eine Volksüberzeugung abstrahiren? Oder wann früher soll ich aufhören? Etwa wenn ich auf einige gestoßen, die gerade meine Ansichten theilen? oder die unselbständig meine Ansichten sich aufschwatzen lassen?

Hiebei pflegen diejenigen, welche zumeist von dem Rechtsbewusstsein des Volkes zu erzählen wissen, gewöhnlich sich zu beruhigen. Haben sie der eigenen Meinung die Beistimmung von Gevatter Schneider und Handschuhmacher gewonnen, so geben sie sie getrost für eine Volksüberzeugung aus, und glauben mit diesem Worte dem so getauften Kinde wunder welche Heiligkeit verliehn zu haben. Daß sie selber von dem Heiligenschein sich blenden lassen ist freilich oft zuzugeben. So meint Temme, sicher einer der scharfsichtigsten unter den Vertheidigern des Rechtsbewusstseins im Volke, durch den Artikel VII des Einführungsgesetzes zum Preussischen Neuen Strafgesetzbuch, der den § 18 der Einleitung zum allgemeinen Landrecht, lautend

> die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu statten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neuen Gesetzes noch nicht vollzogen war,

aufhebt, werde „ein bisher stets und unbestritten anerkannter nie zurückgewiesener Satz der Gerechtigkeit mit einem Male vollständig vernichtet“. Wo und wann dieser „Satz der Gerechtigkeit“ wirklich als geltendes Recht anerkannt worden ist, das vermag Temme wahrscheinlich darum nicht zu sehn, weil

§ 12. ihm die Volksüberzeugung die Aussicht abschneidet. Daß man übrigens wenn man das geltende Recht stets nach der Volksüberzeugung zu modeln sucht zu ganz widersprechenden Resultaten kommt, ist da die Volksüberzeugung selber solche Widersprüche enthält, auch nicht unnatürlich, und daher ganz begreiflich daß Temme auf derselben Seite 706 seines Lehrbuchs behauptet, daß bei der nach dem Rechtsbewusstsein des Volkes strafbaren Bigamie „eine neue und zwar gleichfalls rechtsbeständige Ehe eingegangen sein müsse; eine nichtige Ehe sei keine Ehe, wenngleich das Verhältnis unter den Formen der Ehe eingegangen wäre", und ferner daß „die zweite und jede fernere Ehe eben gesetzlich keine Ehe sei". Wer hier das Dasein des Widerspruchs leugnete, müsste entweder die strafbare Bigamie überhaupt in Abrede stellen wollen, oder behaupten daß eine Ehe, die „gesetzlich keine Ehe" ist, doch „rechtsbeständig" sein könne.

Genug davon. Wie unsere Rechtsverhältnisse zur Zeit sind, kann zweifellos nur der Richterstand als Träger des criminalen Gewohnheitsrechts gelten. Es ist unschwer zu sehn daß ein Gewohnheitsrecht anders sich entwickeln mag, wenn an der Fortbildung alle Staatsglieder unmittelbar sich betheiligen können, anders wenn die Gelegenheit hiezu nur Richtern geboten wird, welche durch die eigne Gesetzeskenntnis vielfach sich gebunden fühlen müssen. Das ist auch oben schon angedeutet worden, ebenso daß ein Strafgewohnheitsrecht nicht die Gewähr in sich trägt, den vorhandenen Zuständen so wohl zu entsprechen wie die privatrechtlichen Gewohnheiten dies zu thun pflegen. Zudem aber ist das zweifellos, daß für unser Deutsches Strafrecht das Gewohnheitsrecht jetzt nur sehr geringe Bedeutung hat. In einer Zeit wo die Gesetzgebung so unruhig thätig ist, kann kein Gewohnheitsrecht gedeihn. Im folgenden werden wir uns daher überwiegend mit dem Gesetzesrecht zu beschäftigen haben.

Bei dem Gesetzesrecht sind zwei Fragen zu scheiden, die bei §12.
dem Gewohnheitsrecht zusammenzufallen scheinen, die Fragen nach der Existenz und nach dem Inhalt. Ob ein Gesetz vorhanden oder nicht, ist nicht vom Criminalrecht sondern vom Staatsrecht zu entscheiden. Wenn dem Strafrichter im einzelnen Falle diese Frage entgegentritt, so hat er sie doch nur nach staatsrechtlichen nicht nach criminalistischen Gründen zu beantworten. Auch die andere Frage, welches der Inhalt des zweifellos vorhandenen Gesetzes sei ist keine dem Criminalrecht eigenthümliche. Den Inhalt des Gesetzes hat jede Rechtsdisciplin, die auf Gesetze zurückgeht, zu ermitteln, nach wesentlich gleichen Grundregeln. Doch wäre es möglich daß neben dem allgemein Gültigen die Beschaffenheit des Criminalrechts hier einzelnes absonderlich bedingte.

Interpretation nennen wir die Ausmittelung des Inhalts der Gesetze, und wir bedürfen der Interpretation wo irgend wir Gesetze zur Anwendung zu bringen haben. In unzähligen Fällen ist aber die Thätigkeit der Interpretation eine so einfache, daß wir ihrer als einer besonderen Thätigkeit uns gar nicht bewusst werden mögen. Schwierig wird die Interpretation nur wenn die Worte den Willen des Gesetzgebers nicht klar und bestimmt wiedergeben, wir also bei der sogenannten grammatischen Interpretation nicht stehn bleiben dürfen. In solchen Fällen den Gedanken des Gesetzgebers zu finden, werden wir bald vornehmlich auf die Entstehung des Gesetzes, bald mehr auf den Zusammenhang desselben mit andern neben ihm stehenden gesetzlichen Bestimmungen zu sehn haben. So mögen wir von einer historischen oder von einer systematischen Interpretation reden, ohne übrigens einen festen Unterschied zu behaupten, oder zu leugnen was Böcking (Pandekten § 96) ausführt, daß jede wissenschaftliche Interpretation, die über die Feststellung des Wortsinnes hinausgeht, eine logische sei, und daß bei der Berücksichtigung des systematischen und des historischen Ele-

§ 12. mentes der Gesetzesauslegung nur besondere Seiten der logischen Thätigkeit hervortreten.

Jede Interpretation ist eine erklärende, sie soll uns den Willen des Gesetzgebers zeigen, der oft zu Tage, oft versteckt liegen mag. Daß die Erklärung schwierig sei setzt immer eine Mangelhaftigkeit des Gesetzes, d. h. ungenügenden Ausdruck des gesetzgeberischen Willens voraus. Savigny (System Bd. I § 35) unterscheidet „unbestimmten Ausdruck" und „unrichtigen Ausdruck", diesem solle durch extensive oder durch restrictive Auslegung geholfen werden. Aber der „unrichtige Ausdruck" muss doch auch wol ein „unbestimmter" sein, wenn von Einschränkung oder Erweiterung die Rede sein soll, der bestimmte lässt diese nicht zu. Wenn zum Beispiel die kritisch festgestellten Worte eines Gesetzes den Anfang der Zurechnungsfähigkeit auf das vollendete zehnte Lebensjahr setzen, so dürfte die Interpretation hier nichts weiteres und nichts engeres herauslesen können, auch wenn sich finden möchte daß der Wille des Gesetzgebers in der That ein anderer vielleicht unklar gedachter und darum unpassend ausgesprochener gewesen sein sollte. Nur wenn der Ausdruck kein ganz fester ist, kann der Richter extendiren und restringiren. Die Ausdehnung ist dann aber keine Ausdehnung verglichen mit dem Willen des Gesetzgebers, sondern nur im Vergleich mit dem Sinne, den man auf den ersten Blick in den Worten des Gesetzgebers zu finden glaubte. Ebenso ist die Einschränkung nur Einschränkung gegen das, was sonst auch aus den Worten zu lesen wäre. Restrictive und extensive Interpretation erklären den Willen des Gesetzgebers aus dem unbestimmten Ausdruck des Gesetzes; die restrictive bewahrt uns davor, daß wir, durch das ungenaue der Gesetzesworte verführt, einen weiteren Sinn des Gesetzes annehmen als der Urheber damit verbunden wissen wollte, umgekehrt die extensive vor einer mit den Worten aber nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbaren Beschrän-

kung des Gesetzes. Der gegen die Zulässigkeit der restrictiven und § 12.
besonders der extensiven Interpretation auf dem Gebiete des Criminalrechts wieder und wieder auftauchende Widerspruch ist eitel, weil er nicht anzugeben vermag was uns berechtigen könnte im Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers dem Gesetz einen Sinn zu unterlegen, der auch den Worten nach nicht als der einzig zulässige gelten kann.

---

§ 13.

Analogie.

Soweit also der Wille des Gesetzgebers in Worten sich aus- § 13.
gesprochen hat, gelten über die Ermittelung und Auslegung desselben für das Criminalrecht keine besonderen Regeln. Gehn wir weiter. Jedes Gesetzesrecht zeigt gewisse Lücken. Wie sollen diese gefüllt werden? Der Gesetzgeber hat seinen Willen für gewisse Fälle nicht ausgesprochen, versuchen wir zu finden was er gesprochen haben würde, wenn er darüber gesprochen hätte. Es ist augenscheinlich daß die Ausfüllung der Lücken durch Analogie der Einheitlichkeit des Strafrechts am besten entspricht, nicht weniger daß diese Ausfüllung bisweilen sehr schwierig sein muss. Der Gesetzgeber hat ersichtlich nichts gewollt, seinen eventuellen Willen zu entdecken kann unter Umständen unmöglich sein. Die Benutzung der Analogie mag daher wo an festem Anhalt es nicht fehlt für sehr empfehlenswerth gelten, doch die Gefahr nicht verkannt werden, daß einer bei dem Suchen nach dem Anhalt nach den erforderlichen Anknüpfungspunkten, in vage Speculation sich verliere.

Hiezu noch die Bemerkung daß theoretisch nichts leichter ist als die Interpretation und Analogie auseinander zu halten, daß aber thatsächlich die Uebung systematischer Interpretation der Ana-

§ 13. logie sehr nahe treten kann. In einem Falle hat der Gesetzgeber gar nichts gesagt, im andern hat er gesprochen aber ganz unklar, die Worte der Stelle, die uns vorliegt, lassen uns nichts mit Gewisheit erkennen. So sehn wir auf andere ähnliche Bestimmungen, wir folgern aus diesen für den betreffenden Fall ganz ebenso wie bei der Analogie, nur daß wir das Resultat unserer Betrachtungen schliesslich noch mit den Worten unserer Stelle zu vergleichen haben, ob es denselben nicht geradezu widerstrebe. Sind die Worte recht dunkel oder recht vieldeutig, so mag auf diese Vergleichung nicht viel ankommen, und doch ist sie das einzige praktische Unterscheidungszeichen der systematischen Interpretation von der Analogie. Daher ist ein Verwirren der Interpretation mit der Analogie, wie dies oft vorgekommen und oft gerügt ist, zwar nicht zu billigen, aber doch zu verzeihen.

Von den Principien der Strafgewalt aus ist eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Analogie innerhalb des Criminalrechts nicht wol zu begründen. Das Criminalrecht ist ein Product der Rücksichtsnahme auf das Nützliche, die Nützlichkeit muss auch hierüber entscheiden. Principiell lassen beide Extreme sich rechtfertigen. Der Staat traut seinen Richtern vollständig; sie werden seinem Willen gemäß Recht sprechen wenn der Wille nur irgend wie kenntlich ist. Den Richtern Anhalt zu geben spricht der Staat seinen Willen über einzelnes aus, dem Richter bleibt es überlassen die einzelnen Aussprüche zum Ganzen zu vereinen, und dem Wesen dieses Ganzen entsprechend Entscheidungen da zu gewinnen, wo der Staat schweigt. Oder der Staat traut seinen Richtern nichts weiter zu, als daß sie directe Anweisungen zu erfüllen wissen, den nicht ausgesprochenen Willen vermögen sie nicht zu entdecken. Im ersten Falle muss die Analogie als durchaus zulässig, im andern das strenge Verbot analoger Erweiterung der ausdrücklichen Vorschriften angemessen erscheinen. Nur ob es thatsächlich möglich und ob

es gerathen ist, das eine oder das andere Extrem durchzuführen, § 13.
kann gefragt werden.

Man wird bald sehn daß unter gewöhnlichen Verhältnissen ein Mittelweg aufzusuchen ist. Wären die Richter ganz vollkommen, so bedürften wir des Strafrechts wol überall nicht mehr; ein gelindes Mistrauen in die Divinationsgabe der Richter mag sich immer rechtfertigen lassen. Andererseits scheint es unmöglich bei consequentem Verbot der Analogie das Recht gleichmäßig zu handhaben. Kein objectives Recht, Privatrecht wie Criminalrecht ist ohne Lücken; was aber das Ausfüllen derselben anlangt, so stehn sich Privatrecht und Criminalrecht nicht völlig gleich. Dem Privatrichter kommt ein solcher Fall vor, der im bestehenden Recht nicht vorgesehn ist. Ablehnen darf er darum die Entscheidung nicht. Also muss er entweder die Entscheidung von der gesetzgeberischen Gewalt sich erbitten, oder selber sie finden. Das erste widerstrebt unseren modernen Anschauungen, wogegen das von dem Richter neu zu findende Recht kein dem übrigen Rechte widerstrebendes, sondern ein nur durch Analogie zu bestimmendes sein darf. Anders ist der Criminalrichter gestellt. Wenn dem Criminalrichter ein Fall vorgetragen wird, über den im Strafgesetz keinerlei Bestimmung zu finden ist, so kann er berechtigt ja verpflichtet sein eine Entscheidung über denselben nicht abzugeben. Möglich daß der Strafgesetzgeber Fälle der Art gar nicht, oder doch nicht durch die richterlichen Behörden gestraft wissen wollte. Denn da die Begrenzung des Strafrechts stets eine willkürliche ist, kann es sein daß die Grenzlinie zufällig gerade hier durchschneidet, daß ähnliche Fälle noch in das Gebiet des rechtlich strafbaren gezogen sind, aber eben dieser Fall und andere straflos ausgehn sollen. Hieraus folgt nicht daß eine analoge Erweiterung des Strafgesetzes, durch die es auf Straffälle bezogen wird von denen es direct nicht handelt, stets verboten sein müsse. Denn vielleicht hat der Gesetzgeber, der sich

§ 13. bewusst war nicht alles ideal strafbare mit realer Strafe bedrohn zu können, und darum entschlossen ist nur einen Theil der an sich strafbaren Handlungen als Verbrechen gelten zu lassen, dennoch unterlassen diese Absonderung im einzelnen durchzuführen, und nur einzelne Vorschriften aufgestellt, aus denen der Richter die übrigen selber sich entwickeln mag. Die Beziehung der Analogie auf gesetzlich nicht vorgesehene Straffälle kann daher dem Strafrichter ebensogut gestattet werden wie dem Privatrichter, der Unterschied aber besteht zwischen beiden, daß nach Ermessen des Gesetzgebers der Strafrichter, nicht auch der Privatrichter, auf die im Gesetz vorgesehenen Fälle beschränkt werden kann.

Wenn dagegen ein Strafgesetz gewisse Fälle ausdrücklich als strafbar bezeichnet, über die Beurtheilung und Behandlung derselben aber sich nicht vollständig äussert, so wird man derartige Lücken zu füllen kaum je der Analogie entbehren können. Der Richter soll über derartige Fälle ein Erkenntnis sprechen, das ist gewis; nur wie er sprechen soll, ist ungewis. Anzunehmen ist daß er sprechen soll im Einklang mit den übrigen Vorschriften desselben Gesetzes. Hätte der Gesetzgeber eine Abweichung beabsichtigt, so hätte er diese Absicht irgend wie kund thun müssen; fehlt es an solcher Aeusserung, so ist es unmöglich die beabsichtigte Aenderung zu praesumiren. Hiernach liegt es nahe betreffs der Benutzung der Analogie eine Unterscheidung aufzustellen und die Analogie für unbedingt zulässig nur da zu erklären, wo es gilt für einen Fall, der nach dem zweifellosen Willen des Gesetzgebers unter die Verbrechen zählt, das entsprechende Straferkenntnis zu finden. Wohingegen die Analogie, die eine Ausdehnung des Strafrechts auf neue von dem Gesetzgeber nicht ersichtlich mitbedachte Fälle bezweckt, je nach der größeren oder geringeren Gewandtheit und Zuverlässigkeit der Richter von dem Gesetzgeber bald gestattet und bald verboten werden mag. Daß weitere casuistische Unterscheidungen der ver-

schiedenen möglichen Richtungen der Analogie, wie die von Hepp §13.
(Arch. N. F. Jg. 46) angenommenen, für die wissenschaftliche Behandlung derselben ersprießlich seien, dürfte noch bezweifelt werden.

Eine andere Unterscheidung aber, die viel empfohlen worde ist, zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie, muss hier noch in Betracht gezogen werden. Obgleich der Unterscheidung ein gesunde Gedanke zu Grunde liegt, ist doch der Gegensatz, wie er gewöhnlich aufgestellt zu werden pflegt, unhaltbar. Von Wächter nicht zuerst behauptet aber doch eifrigst vertheidigt (Lehrb. des Röm. T. Strafrs. § 41, Lehrb. des Kön. Sächs. Strafrs. § 17, besonders aber im Archiv des Crimrs. N. F. Jahrg. 1844) ist die Unterscheidung der Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht ohne Widerspruch geblieben, (der zweite Abschnitt der citirten Abhandlung Wächters im Archiv S. 535 f. ist gegen die widerstreitenden Ausführungen von Roßhirt, Mittermaier, von Preuschen, Escher gerichtet,) hat aber doch bis in die neueste Zeit überwiegend Billigung gefunden. Ich nenne den Gegensatz unhaltbar, weil ein wirklicher Gegensatz zwischen der angeblichen Gesetzesanalogie und der sogenannten Rechtsanalogie gar nicht besteht, so wenig wie zwischen Gesetz und Recht überhaupt. Wächter unterscheidet „Anwendung

a) der Bestimmungen eines einzelnen Gesetzes auf nicht ausdrücklich entschiedene ähnliche Punkte wegen Gleichheit des Grundes — Gesetzesanalogie,
b) der aus dem ganzen Geiste der positiven Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätze auf nicht ausdrücklich entschiedene Punkte, die auch nicht einmal dem Grunde nach sich nach einem einzelnen Gesetze entscheiden lassen. Rechtsanalogie."

So im Lehrbuch von 1825; in dem neuen Lehrbuch des Sächsischen Rechts sagt er:

§ 13. Der Richter hat die Lücken im Strafgesetze im Geiste des bestehenden positiven Strafrechts zu ergänzen, also zunächst die vom Gesetze nicht entschiedene Frage, wann für einen ähnlichen Fall die gleiche Frage im Gesetze entschieden und das juristische Princip auf welches die gesetzliche Entscheidung gebaut ist, auf den vorliegenden Fall vollkommen Anwendung leidet, so zu entscheiden wie der ähnliche Fall im Gesetze entschieden worden ist (Gesetzesanalogie).

Ist aber für die betreffende Frage die Analogie eines einzelnen Gesetzes nicht zu finden oder nicht anzuwenden, also ein ähnlicher Fall nicht in den Gesetzen entschieden oder der Grund, das juristische Princip auf welchem die gesetzliche Entscheidung ähnlicher Fälle beruht, auf den übergangenen Fall nicht durchaus anwendbar, oder der ähnliche Fall in singulärer, von den leitenden Principien unsres positiven Rechts abweichender Weise entschieden: so hat der Richter die unentschiedene Frage nach Analogie des positiven Rechts überhaupt d. h. nach den leitenden Principien, die unserem positiven Strafrecht überhaupt zu Grunde liegen (Rechtsanalogie) zu entscheiden.

Nicht daß ein einzelnes Gesetz festen Anhalt giebt soll für die Gesetzesanalogie charakteristisch sein, geben zwei oder mehr gleichmäßig festen Anhalt, so geht darum die Gesetzesanalogie nicht in Rechtsanalogie über, wol aber soll die Rechtsanalogie daran kenntlich sein, daß sie auf kein einzelnes Gesetz sich zu berufen vermag. Dennoch erscheint der behauptete Unterschied als ein verschwimmender.

Zunächst ist gewis daß jede Gesetzesanalogie auch Rechtsanalogie sein muss. Singuläre Satzungen sind, wie allgemein anerkannt ist, nicht angethan durch Analogie ausgeweitet zu werden. Eine Uebertragung je des einzelnen Gesetzes auf Punkte, die dem-

selben nicht ausdrücklich untergeordnet sind, ist also nur gestattet § 13.
wenn diese Uebertragung auch dem „ganzen Geiste der positiven Gesetzgebung", „den leitenden Principien" entspricht, also Rechtsanalogie ist.

Umgekehrt erscheint jede Rechtsanalogie, trotz der von Wächter versuchten Unterscheidung als Gesetzesanalogie. Der Geist ist an sich ungreifbar unsichtbar, nur im Körper, den er belebt, wird er kenntlich. Der Geist eines Gesetzes oder Rechtes wäre für uns nicht vorhanden, wenn er nicht in bestimmten Vorschriften sich verkörperte, nur aus den einzelnen Vorschriften erkennen wir den Geist des ganzen. Wollen wir nicht in eitles Gerede uns verlieren, so müssen wir bei allem, was wir von dem Geist aussagen, wissen worin im einzelnen eben dieses ausgesagte seinen Ausdruck findet. Behaupten wir daß etwas dem Geiste des Rechts entspreche, so müssen wir auch behaupten daß dasselbe mehren oder wenigeren der einzelnen Vorschriften entspreche, in denen eben der Geist sich zeigt. Denn ausserhalb dieser Vorschriften hat der Geist keine, wenigstens keine unserem Auge wahrnehmbare Existenz. Die leitenden Principien des ganzen Rechts müssen irgend wo ausgesprochen sein, entweder selbständig als Generalregeln, oder in einer Menge von Specialvorschriften, wo sie zwischen den Zeilen zu lesen sind. Darum sage ich jede Rechtsanalogie, Folgerung aus dem Geiste aus den Principien des Rechtes, muss auch Gesetzesanalogie Folgerung aus bestimmten einzelnen Rechtsvorschriften sein. Wenn Wächter zur Rechtsanalogie erfordert, daß die zu entscheidenden Punkte „auch nicht einmal dem Grunde nach sich nach einem einzelnen Gesetze entscheiden lassen" sollen, und doch keinen besonderen und sicher ungebürlichen Nachdruck auf das „einem" legen will, so muss er entweder von einem ausserhalb der einzelnen Gesetze stehenden Geiste ausgehn, oder zugeben daß die ausgesprochene Beschränkung nicht gerade streng nach dem Wortsinn verstanden sein solle.

§ 13. Ich glaube nicht daß Wächter und andere Freunde der Rechtsanalogie viel mit dem körperlos in das leere und weite schweifenden Geiste zu thun haben möchten. Wollen sie dies nicht, so müssen sie anerkennen daß ihre Rechtsanalogie nicht blos an den Rechtsgeist, sondern auch an den Rechtskörper, an bestimmte Theile des Rechtskörpers sich ansetzen muss, daß also die einzelne Frage, für die sie der Rechtsanalogie zu bedürfen glauben, aus einer oder mehren einzelnen Vorschriften entschieden werde, die nicht direct auf die betreffende Frage sich beziehn, doch „dem Grunde nach", auf dem sie beruhen, eine derartige Ausdehnung gestatten.

Doch ein richtiges Element ist in der Unterscheidung enthalten, das durch die schlecht gewählten Namen, und die an diese sich anschliessende Definitionen unterdrückt wird. Jede Anwendung der Analogie setzt voraus daß für die zu lösende Frage selber keine Entscheidungsnorm vorhanden sei, wol aber für andere ähnliche Fragen. Diese Aehnlichkeit nun kann bald größer bald geringer sein, der entschiedene Fall, dem wir die Entscheidung entlehnen wollen, kann dem von uns zu behandelnden gesetzlich nicht entschiedenen bald näher bald ferner stehn. Je näher er steht, desto getroster dürfen wir aus ihm die Entscheidung unseres Falles nehmen; rückt er ferner so wird die Benutzung der Analogie bedenklicher. Fehlt der einzelnen Frage die gesetzliche Entscheidung, aber andere ganz ähnliche Fragen sind von zweifellosen Gesetzen entschieden, so wird wer jene entscheiden muss nicht leicht anstehn der Analogie dieser Gesetze zu folgen. Es kann aber sein daß solchen ganz ähnlichen Fragen entscheidende Gesetze fehlen, doch aber das positive Recht immer noch einigen Anhalt für die Behandlung unserer Frage giebt, daß durch complicirte Folgerungen wir einem leidlich sichern Resultate uns nähern können. Bei dieser Arbeit gehn wir auch nicht von dem reinen ungreifbaren Rechtsgeiste aus, sondern von ganz bestimmten einzelnen den Geist und die Principien bekunden-

den Rechtsvorschriften, und gelangen durch eine Kette von Mittel- §13.
gliedern zu dem Ziele, auf das wir steuern. In einzelnen Fällen kann die eine und die andere Art der Benutzung der Analogie gar verschieden aussehn. Das eine mal sehn wir festen Anhalt gegeben in der Nähe, das andere mal gewinnen wir den Anhalt erst durch längere Arbeit, nachdem wir auch das ferne überblickt und entlegenes mit anderem entlegenen verknüpft haben. Dennoch besteht principiell kein Unterschied zwischen beiden Arten der Analogie. Die eine knüpft an das nahliegende, die andere an das entfernte, was nah und fern können wir wol für einzelne Fälle unterscheiden, aber wir sind nicht im Stande ohne Willkürlichkeit eine feste Grenzlinie zwischen beiden zu ziehn.

Das Ergebnis unserer Betrachtung über die Anwendbarkeit der Analogie für das Criminalrecht ist demnach, daß principiell, vom Begriff der Strafgewalt aus über die Zulässigkeit der Analogie nicht zu entscheiden ist, sondern daß die Entscheidung bedingt wird durch den nur durch Nützlichkeitsrücksichten zu bestimmenden Willen des Gesetzgebers, wie viel freie Bewegung dieser dem Richter gegenüber dem Gesetze lassen mag, daß aber die Nützlichkeitsrücksichten gewöhnlich keins der Extreme, unbedingte Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Analogie, sondern eine beschränkte Zulässigkeit empfehlen dürften. Verordnet das Gesetz daß ein gewisser Fall als Verbrechen behandelt werden solle, ist aber über das Wie der Behandlung lückenhaft, so ist die Benutzung der Analogie nicht zu verbieten, es sei denn daß der Gesetzgeber die Absicht hege sein Strafrecht willkürlich bunt zu gestalten. Fehlt es aber an der gesetzlichen Vorschrift darüber ob eine an sich strafbare Handlung als Verbrechen gelten solle oder nicht, so kann der Gesetzgeber den Richter fest an das Gesetzeswort binden, und wieder ihn auf die Beachtung von Analogieen verweisen, ohne in einem Falle willkürlicher zu handeln als im andern. Ueberall aber wo der Richter,

§ 13. dem der Gesetzgeber doch kein unbegrenztes Vertrauen schenkt, nach Analogieen sprechen soll, mag es rathsam erscheinen ihm zunächst die Berücksichtigung naher handgreiflicher, ohne weitläufige Speculation zu erkennender Analogieen zu empfehlen, die Benutzung anderer nur im Nothfalle zu gestatten. Dies so auszudrücken, der Richter solle nur Gesetzes- nicht Rechtsanalogie beachten, ist bedenklich, weil diese Ausdrücke leicht dazu verführen den vorhandenen fliessenden Unterschied für einen festen zu halten, und Kennzeichen solches festen Unterschieds zu erfinden.

Das geltende Recht stimmt mit diesen Ergebnissen in den Grundtönen überein. Bekannt ist daß die Quellen des gemeinen Rechts die Analogie im weiten Umfange zulassen. Das Römische Recht muss dies schon darum thun, weil es Criminalrecht und Privatrecht nicht scharf sondert, und für die consequente Gestaltung des letzteren der Analogie nothwendig bedarf. So haben wir in Justinians Rechtssammlung eine Reihe von Stellen die ganz allgemein reden, also auch auf das Criminalrecht bezogen werden müssen, und die Zulässigkeit der Analogie unbedingt anerkennen. So besonders Stellen des Digestentitels de legibus, Fr. 12, 13, 17, 27, 29, 30, vergleich' auch Fr. 6 § 1 de V. S. (50. 16). Aber auch speciell für Delicte, und insbesondere für öffentliche Delicte lässt das Römische Recht die Analogie zu:

Fr. 7 pr. de jurisdictione (2. 1)

Fr. 2 § 23, 29, 30 § 17 ad S. C. Tertullianum (38. 17)

Fr. 9 ad l. Juliam de adulteriis (48. 5)

Fr. 3 de l. Pompeja de parricidio (48. 9)

Fr. 22 § 11, 12 ad l. Corneliam de falsis (48. 10)

Fr. 1 § 13 ad S. C Turpillianum (48. 16) und andere mehr.

Die von uns aufgestellten Unterscheidungen haben nach Römischem Recht keine Bedeutung, nähere und entferntere Analogieen sind wirksam was die Behandlung der ausdrücklich anerkannten und

was die Annahme neuer nicht von den Worten der Gesetze be- § 13.
rührter Straffälle anlangt. Dies durch zahlreiche Belege erwiesene Resultat kann durch einzelne scheinbar widersprechende Stellen nicht erschüttert werden, z. B. durch Fr. 131 § 1 de V. S. Der Widerspruch ist hier wie sonst nur ein scheinbarer. »et mulcta quidem ex arbitrio ejus venit qui mulctam dicit, poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est, quin immo mulcta ibi dicitur ubi specialis poena non est imposita.« Zur poena bedarf es immer eines gesetzlichen Anhalts, nicht zur mulcta, die der Magistrat rein nach eigenem Ermessen verhängen darf; daß aber bei diesem Anhalte für die poena stets es nur auf die verba legis nicht auch auf die sententia legis ankomme ist Ulpian, von dem Fr. 131 § 1 wie Fr. 13, 30 de legibus, Fr. 7 de jurisd., Fr. 2 ad S. C. Tert. cit. et c. herrühren, sicher nicht in den Sinn gekommen.

Auch die Carolina läſſt der Analogie weiten Spielraum (Art. 105 verglichen mit 104). Natürlich daß die Praxis und die Doctrin, die diese Quellen einfach ausnutzte, die ausgedehnte Zuläſſigkeit der Analogie annahm, ohne darüber wie über einen Zweifelspunkt viel Worte zu machen. So sagt Carpzov in der Pract. nova. P. III Q. 133 N. 1:

> judicem in ferenda sententia perpetuo sequi debere poenas ordinarias et in legibus constitutas certissimi juris est, quibus deficientibus ad poenas arbitrarias deveniendum. idquod accidit non solum quando lex ipsa absque supplicii denominatione poenae determinationem judici submittit, sed et si crimen perpetratum nec peculiare nomen vestiatur, nec legibus vel statutis expresse comprehensum reperiatur.

Ebenso scheint Böhmern, Meditationes in C. C. C. ad art. 105 und 104, die Bestrafung eines von den Gesetzen nicht vorge-

§ 13. sehenen Verbrechens ad analogiam dieser Gesetze noch ganz zweifellos zu sein. Doch treten schon im 18ten Jahrhundert viele nicht unbedeutende Dissidenten auf, die theils durch äussere Motive, die strafrechtliche Gewalt und überhaupt die Strafübung einzuschränken, theils, wie Feuerbach, durch die Consequenzen der von ihnen angenommenen Strafrechtstheorieen dahin geführt werden, die Zulässigkeit der Analogie ganz allgemein zu bestreiten. In unserm Jahrhundert hat die Analogie im Strafrecht wieder mehr und mehr Freunde gefunden, die wol über die Begrenzung derselben sich noch nicht ganz einigen konnten, aber darin doch größtentheils übereinstimmen, daß sie irgend eine Begrenzung für angemessen halten.

So wenig wie die Wissenschaft ist die Gesetzgebung zu ganz festen Resultaten gekommen. Was zunächst die Anwendung analoger Bestimmungen auf Fälle, die von den Gesetzen ausdrücklich als strafbare anerkannt sind, anlangt, so ist diese nirgends verboten, mithin als allgemein zulässig zu betrachten. Anders steht es mit der das Gesetz nicht blos ausbildenden sondern wirklich erweiternden Analogie, die vom Gesetzgeber unvorgesehene Fälle bestrafen möchte. Auf diese bezügliche Vorschriften finden sich in den Gesetzen allerdings, die aber zum größeren Theile unklar gedacht und schlecht gefasst auch keine sichere Entscheidung ergeben. Auf den ersten Blick freilich glaubt man die Gesetze in zwei Gruppen gesondert zu sehn, die einen gestatten auch diese Art der Analogie die andern nicht. Zu verbieten scheint das Bairische Strafgesetz Art. 1:

> Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedroht hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen.

Wörtlich übereinstimmend ist das Strafgesetzbuch für Oldenburg Art. 1.; etwas anders gefasst das Criminalgesetzbuch für Hannover Art. 4:

Nur solche unerlaubte Handlungen oder Unterlassungen, die §13.
durch das Gesetz mit einer Strafe bedrohet worden sind, können diesem gemäß bestraft werden.

Aehnlich lauten

das Strafgesetzbuch für Hessen Art. 1,

das Badische Strafgesetzbuch Art. 1,

der Bairische Gesetzentwurf von 1854 Art. 2.

Auch der Preussische Entwurf von 1847 enthielt eine ähnliche Bestimmung:

§ 1. Keine Handlung darf mit einer Strafe belegt werden, die nicht ihrer Art und ihrem Maße nach gesetzlich dafür bestimmt ist.

Der § 2 des geltenden Preussischen Strafgesetzes sagt entsprechend:

Kein Verbrechen, kein Vergehn und keine Uebertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Bestimmt gefasst ist der Art. IV des Kundmachungspatentes zum Oesterreichischen Strafgesetze vom 27ten Mai 1852.

Nach Maßgabe dieses Strafgesetzes kann vom Tage seiner Wirksamkeit angefangen nur dasjenige als Verbrechen, Vergehn oder Uebertretung behandelt und bestraft werden was in demselben ausdrücklich als Verbrechen, Vergehn oder Uebertretung erklärt wird.

Dagegen scheinen andere Strafgesetze die ausdehnende Analogie zuzulassen. So das Württembergische Art. 1:

Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben ihrem Wortlaute oder Sinne nach mit Strafe bedroht sind.

Wörtlich stimmte hiemit überein Art. 1 des Criminalgesetzbuchs für Sachsen von 1838.

§13. Art. 1 des Strafgesetzbuchs von 1855 weicht in der Fassung auch nur wenig ab:

Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuchs finden Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche nach den Worten oder nach dem Sinne der einzelnen Bestimmungen desselben mit Strafe bedroht sind,

womit denn auch Art. 1 des Thüringischen Strafgesetzbuchs bis auf zwei unerhebliche Modificationen wörtlich übereinkommt.

Zweifellos ist aber das Vorhandensein des Gegensatzes und überhaupt der Sinn dieser und jener Vorschriften nicht. So behauptet z. B. Temme (Glossen, Einl. 5; und Lehrb. § 26) „die Preussische Strafgesetzgebung enthalte nichts was der Rechts- sowol als der Gesetzesanalogie entgegenstände. Diese hat also auch für das Preussische Strafrecht ihre vollkommene und nothwendige Berechtigung." Und weiter: „die Frage ob eine positive Strafgesetzgebung die Analogie verboten habe ist, für die Praxis wenigstens, eine durchaus müßige. Die strafrechtliche Analogie ist aber nichts anderes als ein Theil des strafrechtlichen Gewohnheitsrechts." Hierüber dürften nun freilich andere anderer Meinung sein, die auch wol mit Recht (s. besonders Heffter in Goltdammers Arch. I S. 27 f.) die Zulässigkeit der erweiternden Analogie für das Preussische Recht bestritten haben. Bei weitem zweifelhafter aber ist die Zulässigkeit der erweiternden Analogie auf der andern Seite, man vergleiche Wächters Lehrb. des Sächs. Strafrs. § 17 und die Motive zu dem Württembergischen Gesetz. Nur Braunschweig hat sich ganz deutlich für diese Analogie erklärt.

Crim. G. B. § 4. — Die Vorschriften dieses Gesetzbuchs sind auf solche Handlungen oder Unterlassungen anzuwenden, welche entweder nach den Worten oder nach dem Sinne oder nach dem Grunde der einzelnen Bestimmun-

gen desselben als darin unzweifelhaft enthalten, anzusehn §13.
sind (Vergl. Forststrges. § 2. Jagdstrg. § 2).
Wenn die Motive hiezu sich gegen die Anwendbarkeit der Rechtsanalogie aussprechen, so verwerfen sie damit in der That nur eine Analogie die keine Analogie ist; die Benutzung jeder zuverlässigen Analogie ist nach Braunschweigischem Recht auch als zulässig zu betrachten. Ob übrigens Braunschweig wohl daran gethan seinen Richtern soviel, oder ob die andern Staaten besser daran gethan haben, ihren Richtern sowenig zuzutrauen, ist hier nicht zu entscheiden.

---

§ 14.

Grenzen der Geltung des Strafgesetzes. Heutiges Recht.

An die Frage was als Inhalt des Gesetzes zu betrachten sei §14.
und was demnach gelten müsse als Gesetz, knüpft sich die andre Frage, worauf die Geltung dieses Gesetzes sich erstrecke. Absichtlich vermeide ich hier nach der räumlichen Begrenzung des Strafgesetzes zu fragen, denn diese Fassung der Frage scheint darauf hinzuweisen, daß überall locale Grenzen für die Geltung des Strafgesetzes bestehn, und das möchte ich nicht so gleich zugegeben haben.

Geben die Principien der staatlichen Strafgewalt, die wir anerkannt haben, Anhalt für die Beurtheilung der jetzt aufgeworfenen Frage, oder lassen sie uns im Stich wie bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Analogie? Wieweit die Strafgewalt des Staats reicht, muss aus dem Wesen dieser Strafgewalt entwickelt werden können, aber die Befugnis das positive Strafrecht willkürlich, das soll heissen unter Berücksichtigung rein äusserer Gründe, einzuschränken, dürfen wir dem Staat nicht absprechen.

Staatsgebiet und Staatsunterthanen sind die beiden noth-

§ 14. wendigen materiellen Voraussetzungen des Daseins eines Staates. Mit dem Staatsgebiet stehn die Handlungen, die wir als strafbare erkannt haben, in keinem ersichtlichen Zusammenhang. Handeln kann das Gebiet nicht, es scheint aber auch nicht daß das Gebiet von diesen Handlungen irgend wie beeinflusst werden müsse, die bisherigen Untersuchungen haben uns nirgends auf die Betrachtung des Staatsgebiets geführt. Dahingegen konnten wir Strafbarkeit nur bei solchen Handlungen annehmen, die von Staatsunterthanen verübt werden. Die Schuld, die die Strafe bedingt, besteht nur in der Verleugnung der Oberherrlichkeit des Staats; aber diese Oberherrlichkeit des concreten Staats haben nicht alle Menschen, sondern nur die ihm untergebenen, nur die Unterthanen anzuerkennen. Die Unterthanen sollen die Oberherrlichkeit anerkennen so lange sie Unterthanen sind, gleichviel wo sie sich aufhalten. Hieraus scheint unmittelbar zu folgen daß die Strafgewalt des Staats sich nur auf Handlungen der Unterthanen, aber auf alle Handlungen aller Unterthanen bezieht, vorausgesetzt natürlich daß diese Handlungen eben strafbare sind.

Die Sätze zu denen wir so gelangen, die finden sich in voller Reinheit und Schärfe weder von der modernen Jurisprudenz noch von der Gesetzgebung anerkannt, wenigstens treten neben einzelnen Beipflichtenden überall zahlreiche Widersacher auf. Zumal giebt es eine völlig divergirende Auffassung, die, obwol nur im Englischen nicht auch im Deutschen Rechte recipirt, auch bei uns eifrige Vertheidiger findet. Der Staat soll sich ausschliesslich kümmern um das, was auf seinem Territorium geschieht, jedes auf seinem Gebiet verübte Verbrechen strafen, jedes anderswo begangene ungestraft lassen, auf die wesentlichen Beziehungen des Thäters zu ihm, dem strafenden Staate, keine Rücksicht nehmen. Man hat diese Auffassung auf ein Territorialprincip zurückführen wollen; ebenso gut könnten wir die Grundlage unserer Anschauungen als

Subditionsprincip bezeichnen. Beide sogenannte Principien sind §14.
klar und bestimmt, und es ist leicht ihre Consequenzen zu entwickeln. Zwischen den extremen Ansichten aber derer die bei dem einen oder dem andern Princip streng beharren, stehn viel Mittelmeinungen, die von beiden einiges nehmen und vermischen möchten. Die Buntscheckigkeit der theoretischen Anschauungen spiegelt sich in unserer Gesetzgebung wieder. Versuchen wir zunächst ein deutliches Bild der von ihr angenommenen Resultate zu geben, dann zu bestimmen auf welche Grundanschauungen von hieraus zurückzugehn ist. Wenn ich bei dieser Untersuchung auf das gemeine Deutsche Recht und die Quellen desselben weniger eingehe als sonst rathsam ist, so wird dies Verzeihung finden, da schon von vielen Seiten mit Recht hervorgehoben worden, daß gerade für die Entscheidung dieser Fragen aus dem gemeinen Recht kaum etwas zu lernen ist, weil hier die modernen politischen Verhältnisse bestimmend eingreifen.

Bei der Uebersicht der modernen Gesetzgebung dürfte es angemessen sein die drei Fragen zu unterscheiden: sind alle im Inland verübten Vergehen dem Strafgesetz unterworfen? wie sind die im Auslande von Inländern? und wie die ebendort von Ausländern begangenen Verbrechen zu behandeln? Was die erste Frage anlangt, so stimmen im wesentlichen alle Deutschen Strafrechte überein: Alle im Inlande verübten Verbrechen unterliegen dem Strafgesetz des Inlandes, gleichviel ob sie von Inländern oder von Ausländern begangen sind. Diese Regel wird anerkannt von

Baiern, Verkünd. Pat. zum Str. G. B. Art. 3, 4.
vergl. Entw. v. 1854. Art. 10, 12.

Oldenburg, Verkünd. Pat. I (nicht ausdrückl., s. aber Str. G. B. 506, 516).

Württemberg, Straf. G. B. Art. 2, 4.

Hannover, Crim. G. B. Art. 2, 3.

§ 14. Braunschweig, Crim. G. B. § 1.
Hessen, Str. G. B. Art. 4, 5.
Thüringen, Str. G. B. Art. 2, 3.
Baden, Str. G. B. § 3.
Preussen, Str. G. B. § 3.
Oesterreich, Straf Gesetz von 1852 § 37, § 234.
Sachsen, Str. G. B. von 1855. Art. 2, 3.

Von der Regel werden einige Ausnahmen gemacht. Ueberall sind Landesherr und Exterritoriale dem Strafgesetz entzogen, was aber nur in einzelnen Strafgesetzbüchern hervorgehoben wird. Am ausführlichsten über die Exterritorialen ist das neue Sächsische Gesetz Art. 4, wonach wegen eines von ihnen verübten Verbrechens „nur auf Anordnung des Justizministeriums mit der Untersuchung zu verfahren ist"; vergl. auch das Thür. Str. G. B. Art. 5.

Eine zweite Ausnahme besteht darin, daß gewisse Arten der Vergehungen nur von Inländern verübt werden können. Am weitesten geht hier das Bairische Recht. Das Strafgesetzbuch, Art. 299 folg., nimmt an daß nur ein Unterthan des Staatsverraths sich schuldig machen könne und fasst den Ausdruck Staatsverrath in so weitem Sinne, daß er den Hochverrath (A. 300) und andere verwandte Vergehungen (A. 302—306) begreift. Der Entwurf von 1854 ist hievon zurückgekommen, er geht aus davon, daß Hochverrath (A. 94 f.) so gut wie Landesverrath (A. 104) auch von Nichtunterthanen begangen werden könne, und erfordert nur bei einzelnen Fällen des Landesverraths (A. 105) die „Verletzung bestehender Unterthans- oder Dienstespflichten." Dem geltenden Bairischen Recht ist wirklich gefolgt nur Oldenburg (Str. G. B. Art. 304 f.) Hannover scheinbar. Art. 118 des Criminalgesetzbuchs für Hannover sagt freilich „des Staatsverraths (der auch hier den Hochverrath in sich schliesst) macht sich ein Unterthan schuldig" .... Dagegen verordnet A. 121 die Ausdehnung der für

Inländer gegebenen Strafvorschriften der Artikel 118—120 auf §14.
Ausländer „soweit nicht Verhältnisse eintreten welche lediglich nach den Grundsätzen des Völkerrechts beurtheilt werden müssen." Dagegen aber soll Landesverrath (A. 122) überall nur von einem Unterthan begangen werden können. Der Landesverrath kann auch nach Preussischem Recht (N. Str. G. B. § 67 f.) nur von einem Preussen begangen werden, Ausländer sind eventuell (§ 70) nach Kriegsgebrauch zu behandeln. Nach Hessischem Recht kann wenigstens eine bestimmte Art des Landesverraths (Str. G. B. A. 136 N. 5,) nur von Großherzoglichen Unterthanen begangen werden, und ferner sind nur „Angehörige des Großherzogthums" und die „welche unter dem Schutze des Großherzogthums wohnen" zur Anzeige von hochverrätherischen Unternehmungen verpflichtet und wegen der Unterlassung strafbar. Dagegen weiß das Braunschweigische Recht (vergl. § 84 f.) nichts davon daß der Landesverrath nur vom Inländer verübt werden könne, und ausdrücklich bestimmt das Württembergische Gesetz Art. 145:

> Des Landesverraths macht sich derjenige schuldig, welcher mittelst Verletzung seiner Unterthanen- oder Dienstpflicht oder der Verpflichtung für den während seines zeitlichen Aufenthaltes im Lande ihm gewährten Rechtsschutz den Staat wissentlich gefährdet.

Aehnliche Bestimmungen wie diese Würtembergische finden sich im

Thüring. Straf. G. B. Art. 83,

Badischen Straf. G. B. § 597 f.,

Straf. G. B. für Sachsen v. 1855, Art. 121 (auch schon im Crim. G. B. von 1837 Art. 87).

Zu erwähnen ist noch daß das Badische Recht ein andres nur von Inländern zu verübendes Vergehn in § 536 anerkennt:

> Wenn ein Inländer sich gegen einen mit dem Großherzogthum befreundeten auswärtigen Staat einer Handlung schul-

§ 14. dig macht, welche, gegen das Großherzogthum verübt als Hochverrath anzusehn wäre....

wogegen nach Preussischem Recht (N. Str. G. B. § 78) derartige Verbrechen auch von Ausländern während ihres Aufenthalts in Preussen begangen werden können.

Es giebt andererseits einzelne Vergehungen, deren nur Ausländer sich schuldig machen können. Ganz allgemein ist die Landesverweisung nach den modernen Particulargesetzen nur Strafe für Ausländer, eines Bruchs dieser Verweisung können sich also nur Ausländer schuldig machen, und hierauf ist in mehren Gesetzbüchern besondere Strafe gesetzt (vergl. Braunschw. Str. G. B. § 124, 23; Bad. Str. G. B. § 20, 18; Thür. Str. G. B. Art. 20, 104 u. a.).

Noch zweierlei Ausnahmen haben wir in Betracht zu ziehn, die aber nicht auf die im Inlande verübten Verbrechen sich beschränken. Einige Gesetzgebungen verordnen eine Retorsion der Art, daß Vergehungen wider einen fremden Staat und dessen Behörden, oder auch wider dessen Angehörige, nicht höher gestraft werden sollen als jener fremde Staat dieselben Vergehungen, gegen den ersten Staat und dessen Angehörige verübt, strafen würde; so das Würtemb. Straf. G. B. Art. 3 N. 2, u. A. 5, und d. Hess. Str. G. A. 4 N. 1. Der Bairische Entwurf von 1854 giebt diese Vorschrift im Art. 14:

> Hinsichtlich aller gegen Ausländer oder auswärtige Staaten gerichteten Verbrechen kann durch königliche Verordnung eine gelindere Bestrafung als sie das gegenwärtige Gesetz bestimmt, oder auch gänzliche Straflosigkeit retorsionsweise vorgeschrieben werden, wenn dies zur Wahrung der Rechte des Bairischen Staates oder seiner Angehörigen aus Anlaß der Gesetzgebung oder der Regierungsmaßregeln auswärtiger Staaten erforderlich erscheint.

Erheblicher ist die letzte Ausnahme. Diese bezieht sich auf § 14.
verschiedene Fälle und tritt in den verschiedenen Gesetzbüchern in verschiedener Gestalt auf; überall aber handelt es sich bei ihr um eine gewisse Praevention. Jeder Deutsche Staat straft Vergehungen, die zu strafen er auch andere Staaten als berechtigt anerkennt. Wie dann, wenn der fremde Staat ihm zuvorgekommen, die Strafe vollstreckt oder wenigstens die Untersuchung begonnen hat? Die Gesetzbücher gehn was die Berücksichtigung solcher Praevention betrifft weit auseinander.

Allgemeine Bestimmungen hierüber finden sich nur in den Strafgesetzbüchern für Anhalt Dessau und Köthen, für Baden, für Sachsen (von 1855, nicht schon in dem von 37) und in dem Bairischen Entwurf von 1854. Nach Anhalter Recht (Str. G. B. Art. 3) unterbleibt die Verfolgung von Verbrechen „wenn sie im Auslande bereits zur Untersuchung gezogen sind und deshalb Freisprechung oder Bestrafung erfolgt ist.“ Weiter noch geht das Badische Gesetzbuch § 8: die Verfolgung soll unterbleiben wenn es im Auslande zur rechtskräftigen Freisprechung oder Verurtheilung gekommen ist; wovon dann aber wieder zwei Ausnahmen gemacht werden, wenn die Voraussetzungen des besondern Falles der Art sind, daß auch die Wiederaufnahme der durch Erkenntnis eines inländischen Gerichts erledigten Strafsache gerechtfertigt würde; zweitens, wenn der verurtheilte Verbrecher dem Vollzug des ausländischen Erkenntnisses durch die Flucht sich entzogen hat. Der Bairische Entwurf Art. 13 bestimmt die Regel wie das Badische Recht, doch die Ausnahmen anders:

1) wenn die von dem ausländischen Gerichte ausgesprochene Strafe nicht oder nicht vollständig zum Vollzug gekommen,
2) wenn die im Auslande abgeurtheilte strafbare Handlung eine der in den Artikeln 94, 95, u. s. w. (es werden über 70 Artikel aufgezählt) bezeichneten ist.

§ 14. Erkennt nun das Bairische Gericht in diesen Ausnahmsfällen nochmals über die schon im Auslande beurtheilten Fälle, so soll eventuell die im Auslande schon verbüßte Strafe in Abrechnung gebracht werden. Enger sind die Vorschriften des Sächsischen Rechts (Str. G. B. Art. 9). Freisprechungen im Auslande werden nicht berücksichtigt, nur Verurtheilungen denen die Bestrafung gefolgt ist. Aber auch wenn die im Auslande erkannte Strafe von dem Verbrecher vollständig verbüßt ist, so kann doch in Sachsen die Sache wiederaufgenommen werden, wenn die verbrecherische „Handlung durch besondere (dem Thäter) obliegende Verpflichtungen gegen den diesseitigen Staat dessen Oberhaupt oder diesseitige Staatsangehörige einen schwereren bei der ausländischen Bestrafung nicht in Betracht zu ziehn gewesenen strafrechtlichen Charakter erhält;" ebenso wenn ein unzuständiges ausländisches Gericht gestraft hätte. In diesen beiden Ausnahmsfällen ist aber die von dem Angeschuldigten im Auslande etwa schon verbüßte Strafe in Abzug zu bringen.

Eigenthümlich sind die hiehergehörigen Vorschriften des Hessischen Strafgesetzbuchs. Nach Artikel 4 N. 4 fällt die Strafe fort,

> wenn der Inländer wegen eines im Inlande gegen einen auswärtigen Staat, dessen Behörden oder Angehörige verübten Verbrechens bereits im Auslande bestraft oder freigesprochen ist;

nach Art. 5 a. E. ebenso

> wenn der Ausländer im Inlande gegen einen auswärtigen Staat oder dessen Behörden ein Verbrechen begangen hat und in diesem Staate bestraft oder freigesprochen ist.

Wenn also ein Ausländer in Hessen ein beliebiges anderes Verbrechen verübt, nur nicht gerade gegen den Staat oder dessen Behörden der ihn nachher straft, und deswegen von dem Staat gestraft wird dessen Unterthan er ist, so findet diese Bestrafung so

wenig wie die entsprechende Freisprechung in Hessen Beachtung. § 14.
Wollte der Gesetzgeber diese Inconsequenz nicht, so ist das Ungeschick seines Ausdrucks ebenso auffällig wie andres Falles die Gründe der Inconsequenz schwer begreiflich erscheinen.

Ausdrückliche Vorschriften über die Berücksichtigung, welche das Einschreiten ausländischer Gerichte wegen im Inlande verübter Verbrechen finden soll, fehlen den übrigen Strafgesetzbüchern. Dagegen enthalten einige Vorschriften über den Fall, wenn die Praevention auf im Auslande verübte Verbrechen sich bezieht; so

Oesterr. Straf. G. B. § 36,
Preuss. R. Str. G. B. § 4 N. 3,
Württemb. Str. G. B. Art. 3 N. 3.

Es liegt nahe diese Bestimmungen analog auf die Behandlung der im Inlande begangene Verbrechen betreffenden Praevention zu übertragen (vgl. Herbst Handb. des Oest. Strafrs. Bd. I S. 124). Ob man dies im allgemeinen zulässig achten mag hängt davon ab, wie man überhaupt über die Zulässigkeit der Analogie denkt. Im Hannoverschen Strafgesetzbuch Art. 3 aber tritt eine so eng gefasste Praeventionsregel auf, daß auch wer übrigens kein Gegner der Analogie ist, hier doch die Uebertragung für unerlaubt halten müsste. Auf die Bestimmung selber haben wir später näher einzugehn. Die Strafgesetzbücher für Baiern, Oldenburg, Braunschweig und für die Thüringischen Staaten mit Ausnahme Anhalts, nehmen auf keine Praevention Rücksicht.

Wir kommen zur Beantwortung der zweiten Frage, betreffend die Beurtheilung der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen. Daß das Inland, das heißt der Staat dem der auswärts sich vergehende Verbrecher dauernd als Unterthan angehört, die Berechtigung zum strafen habe, erkennen alle Deutschen Strafgesetzgebungen an, die Ausnahmen aber, wann von dieser Berechtigung kein Gebrauch gemacht werden solle, sind im einzelnen sehr

§ 14. verschieden normirt. Baiern und Oldenburg, auch Oesterreich, Hannover, Braunschweig, Sachsen führen die Regel kräftig durch und beschränken die Ausnahmen auf engen Raum. Unter den Strafgesetzen, die weitere Ausnahmen zulassen, zeichnet sich das Preussische dadurch aus, daß es scheinbar die Ausnahme zur Regel macht: „wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung und Bestrafung statt.“ Aber diese Scheinregel wird von so erheblichen Ausnahmen durchbrochen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Preussischen Recht und den andern milderer Auffassung sich zuneigenden Deutschen Strafgesetzen nicht anzunehmen ist. Nur die Fassung ist von der Preussischen Gesetzgebung, und nicht mit Glück verändert, da was jetzt als Regel aufgestellt ist, nur in seltenern Fällen zur Anwendung gebracht werden kann. Im einzelnen sind die neben der wirklichen Regel von den verschiedenen Strafgesetzbüchern zugelassenen Ausnahmen folgende.

Das Preussische Strafgesetzbuch § 4 bestimmt daß nur Verbrechen und Vergehen, nicht auch Uebertretungen, im Auslande in Preussen gestraft werden können; „Uebertretungen die im Auslande begangen werden sollen in Preussen nur dann gestraft werden, wenn dies durch besondere Gesetze oder Staatsverträge angenommen ist.“ Dem Preussischen Recht steht direct gegenüber das Oesterreichische.

> Straf. Ges. § 235: Wegen Vergehen und Uebertretungen, die ein Inländer im Auslande begangen hat, ist er bei seiner Betretung im Inlande nie an das Ausland auszuliefern, sondern … nach diesem Strafgesetz zu behandeln.

Länger müssen wir bei einer zweiten Ausnahme verweilen. Nach vielen Gesetzbüchern soll zwar das im Auslande verübte Verbrechen nach einheimischem Gesetze gestraft werden, es soll aber hiebei auf etwaige mildere Bestimmungen des Gesetzes, das am

Ort der That gilt, Rücksicht genommen werden. Dabei ist weiter § 14.
zu unterscheiden: nach einigen Gesetzen soll nur die völlige Straflosigkeit der That, die im Auslande rechtens ist, dem Thäter zu gute kommen, nach andern jede Milderung des ausländischen Rechts. In der ersten Form tritt die Ausnahme auf

im Preuss. Straf-Ges. B. § 4 N. 3, und

im Bairischen Entwurf, der im § 10 der Ausnahme zwei wichtige Beschränkungen zufügt:

a) „wenn die Handlung absichtlich um das Bairische Strafgesetz zu umgehn ausserhalb der Landesgrenzen vorgenommen worden ist,

b) wenn sie ein Verbrechen gegen den König, den Bairischen Staat oder einen Angehörigen desselben enthält."

Noch mehr beschränkt Hannover diese Ausnahme, Crim. Ges. B. Art. 2.

Nur dann kommt dasselbe (das Gesetzbuch) gegen einen Unterthan nicht zur Anwendung, wenn eine in demselben als Verbrechen bezeichnete von ihm gegen einen Ausländer im Auslande begangene That nach den Gesetzen des Orts, wo sie begangen wurde, straflos ist.

Aehnlich das Thüringische Gesetzbuch Art. 2.

Nur wenn das im Auslande begangene Verbrechen nach den Gesetzen des Auslandes mit keiner Strafe bedroht ist, und nicht gegen das Inland, dessen Staatsoberhaupt, dessen Behörden oder dessen Angehörige gerichtet war, soll Straflosigkeit eintreten.

Etwas anders das Strafgesetzbuch für Württemberg Art. 3 N. 1, wonach Straflosigkeit anzunehmen ist, „wenn die gegen einen fremden Staat, dessen Behörden oder Angehörige gerichtete Handlung in den Gesetzen dieses Staats mit Strafe nicht bedroht ist."

§ 14. Eine eigenthümliche Gestalt hat die Ausnahme im Braunschweigischen Recht angenommen, Landesgrundgesetz § 205. Hiernach sollen diejenigen Vergehungen der Braunschweiger im Auslande straflos bleiben, die nicht „nach gemeinem Deutschen Criminalrechte mit Strafen bedroht sind."

In der zweiten Form, daß alle milderen Bestimmungen des ausländischen Rechts in Betracht kommen, findet sich die Ausnahme im Badischen Gesetzbuch § 4. Wird vom ausländischen d. h. von dem am Orte der That geltenden Gesetze die Handlung milder bestraft, so wird der Inländer nach diesem ausländischen Gesetz beurtheilt, „insofern die Handlung nicht gegen das Inland oder dessen Behörden oder gegen eine Person im Inlande gerichtet war." Aehnlich sieht Art. 4 N. 1 des Hessischen Strafgesetzbuchs darauf ob das Verbrechen gegen einen auswärtigen Staat, dessen Behörden oder Angehörige gerichtet ist, verlangt dann aber, daß die gelinderen gesetzlichen Bestimmungen dieses verletzten Staates zur Anwendung gebracht werden. Danach würde der Hesse, der in Frankreich einen Engländer verletzte, eventuell nach englischem Recht zu strafen sein.

Völlig verworfen wird die besprochene Ausnahme von

- dem Strafproceßgesetzbuch für Baiern Art. 30,
- dem Strafgesetz für Oldenburg A. 514,
- dem Oesterreichischen Strafgesetz § 36 § 235 („ohne Rücksicht auf die Gesetze des Landes wo das Verbrechen begangen worden"),
- dem Sächsischen Strafgesetzbuch von 1855, Art. 2: „Inländer werden wegen aller im Inlande oder Auslande begangenen Verbrechen nach den Vorschriften dieses Gesetzes bestraft" (vgl. Crim. G. B. v. 1837, Art. 2).

Als fernere Ausnahmen sind die Fälle der Retorsion und der Praevention zu nennen, die schon oben berührt wurden. Nur die

Praeventionsvorschriften sind hier ausführlich darzulegen. Im §14.
weitesten Umfange findet die Praevention bei den von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen Berücksichtigung im Württembergischen Strafgesetzbuch Art. 3:

Untersuchung findet nicht statt:

3) wenn schon in dem fremden Staate das Verfahren niedergeschlagen oder von den Gerichten ein lossprechendes Erkenntnis rechtskräftig gefällt oder eine Strafe nicht nur erkannt sondern auch vollzogen oder nachgelassen worden ist.

Das Preussische Strafgesetz § 4 beachtet nur rechtskräftige Erkenntnisse, freisprechende stets, verurtheilende wenn die Strafe vollzogen oder durch Begnadigung erlassen ist. Die rechtskräftige Freisprechung und die Bestrafung beachtet auch das Hessische Strafgesetzbuch Art. 4 N. 2; die ausländische Begnadigung nur wenn das Verbrechen wider „das Ausland, dessen Behörden oder Angehörige begangen" worden ist. Das Strafgesetzbuch für Anhalt-Dessau und Köthen Art. 4 berücksichtigt überall nur Freisprechung und Bestrafung. Baden (§ 8 s. oben S. 163) sieht auf rechtskräftige Freisprechung und Verurtheilung, auf diese aber nur wenn der Verbrecher nicht durch Flucht der Strafvollstreckung sich entzogen hat, und lässt überdies ausnahmsweise eine Wiederaufnahme der erledigten Sache zu. Dem entsprechend der Bairische Entwurf Art. 13, nur daß er der Fälle, in denen das praevenirende ausländische Erkenntnis keine Beachtung findet, noch mehre annimmt. Das Oesterreichische Strafgesetz unterscheidet. Nach § 235 werden Vergehen und Uebertretungen, die ein Oesterreicher im Auslande begangen hat, nur dann in Oesterreich gestraft, „wenn dieselben im Auslande nicht bestraft oder nicht nachgesehn worden," wogegen nach § 36 Verbrechen von Unterthanen im Auslande verübt, in Oesterreich unbedingt zu strafen sind, nur daß, falls der Thäter

§ 14. „für die Handlung im Auslande schon gestraft worden" sein sollte, „die erlittene Strafe in die nach dem Oesterreichischen Strafgesetz zu verhängende einzurechnen ist." Das Sächsische Recht nimmt auf ausländische Freisprechungen gar keine Rücksicht, wol aber auf Bestrafungen, der Thäter kann nur ausnahmsweise nachträglich noch vor ein Sächsisches Gericht gezogen werden, und es ist bei diesem neuen Straferkenntnis die anderwärts verbüßte Strafe in Abrechnung zu bringen (Art. 9, vgl. oben S. 164), die schon verbüßte Strafe soll auch nach Badischem Recht und nach dem Bairischen Entwurf in Abrechnung gebracht werden, wo nach der Bestrafung im Auslande die Wiederaufnahme der Untersuchung gestattet ist. — Die Strafgesetzbücher für Baiern, Oldenburg, Hannover, Braunschweig, die Thüringischen Staaten, von denen sich Anhalt-Dessau in dieser Frage getrennt hat, enthalten keine Bestimmungen über diese Praevention.

Zu erwähnen ist noch, daß während die anderen Gesetzbücher die Bestrafung der im Auslande von Inländern begangenen Verbrechen dem Richter zur Pflicht machen, das Preussische Strafgesetz sich des Ausdrucks bedient,

> jedoch kann in Preussen nach Preussischen Strafgesetzen verfolgt und bestraft werden . . . . ein Preusse welcher im Auslande u. s. w.

Endlich haben wir die auf Bestrafung von Ausländern im Auslande begangener Verbrechen bezüglichen Satzungen zu überblicken. Alle Deutschen Strafgesetze verordnen für Vergehungen der Ausländer im Auslande Strafen; alle kommen auch darin überein, daß sie die Strafbarkeit nicht bei allen, sondern nur bei gewissen Klassen dieser Vergehungen annehmen. Die meisten erklären Verbrechen wider das Inland, den inländischen Staat, das Staatsoberhaupt, inländische Behörden und Staatsangehörige für strafbar. Sachsen dehnt die Strafbarkeit über diese Grenzen hinaus,

Hessen, Preussen und Oesterreich beschränken sie sehr erheblich. §14.
Das Sächsische Strafgesetz von 1855 Artikel 5 nimmt unbedingte Strafbarkeit der von Ausländern im Auslande verübten Verbrechen an

1) wenn das Verbrechen gegen den Sächsischen Staat, dessen Behörden oder diesseitige Unterthanen oder Staatsangehörige, welche sich zur Zeit der That innerhalb Sachsen befanden, gerichtet gewesen,

2) wenn sich der Verbrecher bleibend nach Sachsen gewandt hat und daselbst staatsangehörig geworden ist.

Aber auch in allen andern Fällen können die Sächsischen Gerichte gegen Ausländer wegen im Auslande begangener Verbrechen einschreiten, sobald die erforderliche „Anordnung des Justizministeriums" eingeholt ist. Dagegen bestimmt das Publications-Patent des Bairischen Strafgesetzes von 10/5 1813, Art. IV:

> Ausländer werden nach dem gegenwärtigen Strafgesetzbuche gerichtet .... wegen der im Auslande begangenen Rechtsverletzungen nur alsdann, wenn dieselben an Uns selbst, an dem baierschen Staate oder an einem Unserer Unterthanen verübt worden sind, jedoch vorbehältlich desjenigen was etwa durch Staatsverträge oder besondere Uebereinkunft anders bestimmt ist.

Man vergleiche hiemit:

Württemb. Straf. G. B. Art. 4.
Hannov. Crim. G. B. Art. 3.
Thüring. Straf. G. B. Art. 3.
Bad. Straf. G. B. § 5, 6.
Bair. Entw. von 1854, Art. 12.
Braunschw. Landesgrundges. § 205, wonach die Braunschweigischen Gerichte gegen Fremde wegen im Auslande begangener Vergehen nur verfahren dürfen

§ 14. a) wenn das Vergehen gegen den Staat oder Landeseinwohner gerichtet war,

b) zufolge einer von der Landesregierung erhaltenen Ermächtigung.

Das Hessische Strafgesetzbuch zählt in Art. 5 eine Reihe von gegen den Großherzoglichen Staat gerichteten Vergehungen auf, die von Ausländern im Auslande verübt in Hessen strafbar sein sollen; in allen andern Fällen sind die Handlungen der Ausländer im Auslande der Hessischen Strafgerichtsbarkeit entzogen. Preussen (N. Str. G. B. § 4) straft nur Hochverrath, Majestätsbeleidigung, Münzverbrechen wider Preussen im Auslande von Ausländern begangen. Auch das Oesterreichische Strafgesetz § 38 bedroht unter gleichen Voraussetzungen regelmäßig nur Hochverrath wider Oesterreich und den Deutschen Bund und die Verfälschung Oesterreichischer öffentlicher Creditpapiere oder Münzen; in allen andern Fällen soll nach § 39 § 40 der Fremde, der im Auslande ein Verbrechen verübt hat, verhaftet und dem Staat, auf dessen Gebiet das Verbrechen begangen ist, ausgeliefert werden; und nur wenn dieser Staat die Uebernahme weigern sollte, nach Oesterreichischem Recht die Untersuchung eingeleitet werden.

Was das auf die von Ausländern im Auslande verübten Verbrechen anzuwendende Recht anlangt, so ist dies der Regel nach das Recht des strafenden Staats, das aber bisweilen wegen des auswärts geltenden minder strengen Rechts gemildert wird. Solche Milderungen sind vorgeschrieben im Criminalgesetzbuch für Hannover Art. 3, aber nur betreffs der an Hannoverschen Unterthanen, nicht auch der an dem Staate selber begangenen Verbrechen, über jene soll eventuell nach dem „am Ort der That geltenden" milderen Gesetz erkannt werden. Ferner im Badischen Strafgesetzbuch § 6, wonach die Milderung auf den Fall sich beschränkt, daß die Handlung an einem im Auslande sich aufhaltenden In-

länder verübt ist. Im Oesterreichischen Strafgesetz § 40 wenn aus- §14.
nahmsweise wegen eines der nicht im § 38 genannten Verbrechen gegen den Ausländer vorzugehn wäre. Nach Sächsischem Recht (Str. G. B. Art. 8) sollen die ausländischen Gesetze zur Anwendung kommen, „dafern bekannt ist oder nachgewiesen wird daß die That nach diesen Gesetzen nicht oder gelinder" als nach den Sächsischen Gesetzen zu bestrafen sein würde. Eine Ausnahme von dieser Berücksichtigung des ausländischen milderen Rechts würde dann wieder hinsichts der gegen das Sächsische Staatsoberhaupt und dessen Familie, gegen den Sächsischen Staat, dessen Behörden und Unterthanen oder gegen Sächsische Staatsangehörige, die sich zur Zeit der That innerhalb Sachsens befinden, gerichteten Verbrechen gemacht, da bei diesen „das Strafgesetzbuch unbedingt Anwendung findet."

Durch früheres Einschreiten fremder Gerichte kann nach dem Recht wenigstens einiger Deutschen Staaten die Strafbarkeit der von Ausländern im Auslande verübten Verbrechen aufgehoben oder doch gemindert werden. Die allgemeinen Praeventionsregeln des

Straf. G. Buchs für Anhalt Dessau und Köthen Art. 3.
Str. G. Bs. für Baden § 8.
Str. G. Bs. f. d. Königreich Sachsen Art. 9.
und des Bairischen Entwurfs Art. 13.

beziehn sich auch auf die Behandlung der von Ausländern im Auslande begangenen Verbrechen. Eine besondere auf diese Verbrechen bezügliche Praeventionsnorm enthält das Criminalgesetzbuch für Hannover Art. 3: nach Urtheil und Recht erfolgte Freisprechung oder Bestrafung seitens auswärtiger Gerichte soll die Bestrafung in Hannover ausschliessen, wofern nicht nach der im Auslande erfolgten Freisprechung Gründe zur Wiederaufnahme der Untersuchung eingetreten sind.

§ 15.

Grenzen der Geltung des Strafgesetzes. Kritik des heutigen Rechts.

§ 15. Wenden wir uns zur Prüfung, wie die hier zusammengestellten Bestimmungen der modernen Deutschen Gesetzgebungen sich verhalten zu den von uns angenommenen Principien, so müssen wir zuerst einen Blick auf das sogenannte Territorialprincip werfen. Freilich ist dasselbe in Deutschland nirgends weder von der Gesetzgebung noch von der Praxis als herrschend anerkannt worden, und auch unter den Theoretikern hat es nur wenige aber desto leidenschaftlichere Vertheidiger gefunden. Es empfiehlt sich aber dieses angebliche Princip durch den Schein der Einfachheit und der praktischen Brauchbarkeit, der, wol mehr als die versuchten theoretischen Rechtfertigungen, dazu beigetragen hat einzelne Gesetzgeber zu blenden, so besonders die Preussischen (vergl. aber auch die Motive zu Art. 10—12 des Bairischen Entwurfs). So gewis es ist daß das Territorialprincip in keinem Deutschen Staate zur Herrschaft gelangt ist, ebenso zweifellos ist auf der andern Seite die Einwirkung, die dasselbe hie und da geübt hat.

Das Strafrecht eines Staats soll gebunden sein an die Grenzen seines Gebiets, jedes Vergehen innerhalb derselben ist ihm unterworfen, was jenseits der Grenzen geschehen, berührt unser Strafrecht nicht. Man steift sich hiefür auf das Princip der Territorialität. Ein Princip ist es wol in dem Sinne, daß dafür kein weiterer Grund angegeben werden kann. Warum ist das Strafrecht so fest an das Gebiet gebunden? welcher innere Zusammenhang besteht zwischen der Strafgewalt und dem Staatsterritorium? Ist vielleicht das die Aufgabe der Strafgewalt dies Territorium frei von Vergehungen zu halten? dann müsste man aber die Strafgewalt auf ganz andere Grundlagen als die oben entwickelten zurückführen. Auch sind die Vertheidiger der Territorialität des Straf-

rechts meist nicht so consequent, dies zu behaupten. Temme §15.
(Preuss. Strafrecht, S. 110) sagt:

> Insofern alles positive Recht nur das Recht eines bestimmten in einem staatlichen Verbande lebenden Volkes ist, kann namentlich auch das Strafrecht verbindende Kraft eben nur für diesen staatlichen Verband, und über dessen Grenzen nicht hinaus haben.

Aber sind denn die Grenzen des staatlichen Verbandes und die Grenzen des Staatsgebiets identisch? Sind ausnahmslos alle, die den Staatsboden betreten, Glieder des Staatsverbandes? und umgekehrt, wer das Staatsgebiet verlässt, scheidet der damit nothwendig aus dem Staatsverbande aus?

Knüpft man die Strafe nicht willkürlich an das Staatsgebiet, sondern an das worohne sie nicht zu denken ist, an die Schuld, und sieht in der Schuld die der Staat zu strafen hat, die Auflehnung des Einzelwillens wider den Staatswillen, so kommt man zu einer andern Begrenzung der Strafgewalt. Schuld und Strafe sind nur möglich wo eine Auflehnung vorhanden, eine Auflehnung aber ist nur bei dem Untergebenen denkbar. Also nur Staatsunterthanen kann der Staat strafen. Sind diese Unterthanen nun blos strafbar wegen dessen was sie auf dem Staatsgebiet begehen? Die Beschränkung müsste einen Grund haben. Wer die Grenzen überschritten, hört doch auch auf dem fremden Gebiet nicht gleich auf Unterthan des ersten Staates zu sein. Oder könnte auf dem fremden Gebiete nichts begangen werden was dem Willen des ersten Staates zuwiderliefe? Man denke an Hochverrath wider den ersten Staat, Verbrechen wider seine Behörden oder überhaupt Angehörige; ich führe diese Vergehungen nur beispielsweise an, nicht daß ich glaube die Strafbarkeit beschränkte sich auf dieselben. Muss man aber zugeben daß der Unterthan auch im Auslande Unterthan bleibt, und daß er auch im Auslande Handlungen verüben kann,

§ 15. die dem Willen des Staats, dessen dauernder Unterthan er ist, zuwiderlaufen, so scheint kein Grund vorhanden die Strafbarkeit solcher Handlungen zu leugnen. Vielleicht weil der Staat im Augenblick der That factisch keine Gewalt über den Thäter hat? aber da müssten wol manche Verbrechen unbestraft ausgehn, wenn Strafe überall nur denen folgen dürfte, die begangen wurden während der Thäter unmittelbar in der factischen Gewalt des Staats sich befand.

Anscheinende praktische Brauchbarkeit habe ich dem Territorialitätsprincip zugesprochen; es scheint als ob durch consequentes Beharren bei demselben manche schwierige Frage abgeschnitten werden könnte. Dagegen ist aber auch nicht zu übersehn daß, wer von diesem Princip ausgeht, auf andere Fragen stößt, die sonst unberührt bleiben mögen. So müsste stets geprüft werden, wo ein Verbrechen begangen ist, eine Frage, die in manchen Fällen nicht so bald zu erledigen ist. Das Territorialitätsprincip führt aber noch zu einem weit größeren praktischen Uebelstande, dahin daß viele Verbrechen ungestraft bleiben müssten. Wer im Auslande ein Verbrechen verübt hat, braucht nur schleunigst den Staat zu verlassen, auf dessen Boden er sich vergangen hat. Strafen könnte ihn nur der Staat, den er verlassen, und dieser hat keine Gewalt mehr über ihn. Der Staat kann die Auslieferung verlangen. Die Auslieferung gewähren können wol Staaten, denen der Thäter nicht als dauernder Unterthan angehört; wenn der Verbrecher aber in das eigne Vaterland zurückgekehrt ist, so kann dieses, wenigstens nach den Grundsätzen des heutigen Deutschen Staatsrechts, ihn nicht dem auswärtigen Staate zur Bestrafung überantworten. Schon **Clarus** in der viel citirten Quaest. 39 hält diese praktische Erwägung für entscheidend gegen etwaige theoretische Bedenken

> licet enim ex delicto patrato in alieno territorio non videatur principaliter offensus locus originis vel domicilii, negari tamen non potest quin publice intersit ut hi qui

origine vel habitatione sunt subditi recte vivant et ubi- §15.
cunque delinquant ab ipso etiam praeside suo puniantur. et certe si secus fieret magna daretur occasio delinquendi. Die Leichtigkeit dem allein strafberechtigten Staate sich zu entziehn ist seit Clarus offenbar sehr gewachsen, und noch immer im wachsen begriffen. Der Grundsatz aber der Nichtauslieferung der Inländer dürfte dem modernen staatlichen Bewusstsein so wohl entsprechen, daß eine Aushülfe durch Aufhebung desselben weder zu erwarten noch zu wünschen wäre.

Es ist ferner zu zeigen, daß das Princip der Territorialität von dem heutigen Deutschen Strafrecht nicht anerkannt wird, daß nicht blos dies Princip nicht mit allen Consequenzen aufgenommen, durch Ausnahmen durchlöchert, mit andern Principien vermischt ist, sondern daß das Deutsche Strafrecht überhaupt nicht auf diesem Principe beruht und auf anderer Grundlage auferbaut ist. Nur daß das Princip auf den Ausbau nicht selten Wirkung geübt hat, mag zugegeben werden. Alle Deutschen Strafrechte stimmen darin überein, daß Verbrechen im Inlande verübt von Ausländern, die durch das Betreten des inländischen Bodens nicht Unterthanen für jetzt, subditi temporarii, geworden, vom inländischen Gericht nicht zu strafen seien. Alle kommen ferner darin zusammen, daß Verbrechen inländischer Unterthanen, subditi perpetui, die trotz dem Aufenthalt im Ausland Unterthanen bleiben, im Auslande begangen, von dem Inland gestraft werden. Beide Sätze zusammengenommen beweisen daß das Princip der Territorialität nicht das herrschende ist. Der einzelne Staat straft die auf seinem Gebiet begangenen Verbrechen nicht schlechthin darum weil sie auf seinem Gebiet begangen sind; vielmehr weil sie von seinen Unterthanen verübt sind, entweder von solchen die im dauernden Unterthanenverhältnis stehen, oder von denen die auf Zeit, eben dadurch daß sie das Gebiet des Staats betreten haben,

§ 15. seine Unterthanen geworden sind. Verbrechen, die auf dem Gebiet verübt werden von Personen welche zu dem Staat in keinerlei Unterthänigkeitsverhältnis stehen, straft der Staat nicht, wol aber die Verbrechen, die von seinen Unterthanen auf ausländischem Gebiete begangen sind. Ueberall erscheint also nicht das Staatsgebiet sondern das Verhältnis der Unterthänigkeit als das entscheidende. Die Grundregel des Deutschen Strafrechts, aller einzelnen Deutschen Particularrechte ist: der Staat straft alle Vergehungen der ihm Untergebenen, kein Vergehen von Nichtunterthanen. Die Regel ist an sich ebenso einfach wie die aus dem Territorialprincip herzuleitende.

Die Regel behauptet sich zweifellos im Gegensatz zu dem Territorialitätsprincip, mag sie bisweilen durch Ausnahmen durchbrochen werden, die vielleicht mit diesem Princip im Zusammenhang stehn. Nur für einen Staat können Zweifel auftauchen, ob wirklich die behauptete Regel als solche gelte. Das Preussische Strafgesetzbuch weicht wenigstens hinsichts der Fassung erheblich von den Bestimmungen aller andern Deutschen älteren und neueren Strafgesetzbücher ab. § 4 „Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehn findet in Preussen *in der Regel keine* Verfolgung und Bestrafung statt", doch „*kann*" eine Verfolgung und Bestrafung in Ausnahmsfällen eintreten.

Die Abweichung der Fassung ist ersichtlich. Dennoch können wir das Preussische Recht als ein vom Deutschen wesentlich verschiedenes nicht anerkennen. Erinnern wir uns: einige Deutsche Staaten, die übrigens die Strafbarkeit der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen ausdrücklich anerkennen, lassen daneben die Ausnahme zu, Straflosigkeit solle statthaben wenn von den Gesetzen, die am Orte der That gelten, die Handlung als strafbare nicht anerkannt werde. Die Ausnahme ist nicht von großer Bedeutung. Daß Deutsche, wie überhaupt Europäer, in einem uncivilisir-

ten Lande Verbrechen begehn ist ein seltener Fall, die Strafgesetzgebungen der civilisirten Nationen aber stimmen doch wenigstens soweit meist überein daß die große Mehrzahl derjenigen Handlungen, welche von der einen für strafbare erklärt sind, auch von der andern als solche anerkannt werden. So wird auf tausend Fälle, die nach der Regel zu entscheiden sind, kaum einer kommen, auf welchen die mit dem Territorialprincip verwandte Ausnahme Anwendung finden könnte. Thatsächlich hat Preussen nichts anderes gethan als unsere Regel in Verbindung mit dieser Ausnahme angenommen, dabei aber beliebt die Ausnahme für die Regel und die Regel für die Ausnahme zu erklären, wodurch an der Bedeutung und dem Umfange der Geltung der einen und der andern nichts geändert wird. Denn gewis ist es für den Erfolg irrelevant, ob man verordnet: „alle Verbrechen der Inländer im Auslande sollen gestraft werden, mit Ausnahme der nach den Gesetzen des Auslandes straflosen"; oder: „kein Verbrechen des Inländers im Auslande wird bestraft, ausgenommen das auch nach den Gesetzen des Auslandes strafbare." §15.

Mehr als auf diese für das Recht selber indifferente, aber nichtsdestoweniger ungeschickte Fassung des betreffenden Satzes möchte man darauf geben wollen, daß nach Preussischem Rechte Verbrechen und Vergehen im Ausland verübt überall nicht bestraft werden müssen oder sollen, sondern nur bestraft werden „können." Liegt darin eine Abweichung von unserm Princip? Auch dies ist zu verneinen. Man streitet in Preussen darüber ob der Ausdruck „kann in Preussen verfolgt oder bestraft werden" nur dem Staatsanwalt oder auch dem Richter die Befugnis beilege, die Verfolgung und Bestrafung nach eigenem Gutbefinden auszusetzen. Sicher ist die erste Meinung die consequentere (vgl. Oppenhof, das Str. G. B. f. d. Preuss. Staaten, zum fraglichen Paragraphen), aber auch wer der andern Meinung folgen wollte, müsste

§ 15. zugeben daß der Gesetzgeber alle von Inländern im Ausland begangenen auch von den Gesetzen des Auslandes vorgesehenen Verbrechen und Vergehen für strafbar erachtet habe. Hätte der Gesetzgeber gewisse Arten dieser Vergehungen principiell für straflos gehalten, so hätte er dies aussprechen müssen, er hätte es nicht zugeben dürfen daß was er für straflos hielt doch vielleicht mit Strafe belegt würde, und hätte es auch darauf nicht ankommen lassen können, ob etwa Staatsanwalt und Richter seine nicht ausgesprochenen Gedanken errathen möchten. Wo ein Gesetzgeber erklärt, gewisse Handlungen „können" gestraft werden, da erklärt er dieselben für an sich strafbar, indem er zugleich darauf hinweist daß Umstände die Aussetzung der Strafe rechtfertigen können, daß er diese Umstände aber nicht im voraus übersehe, und daher die nähere Bestimmung derselben andern überlassen wolle. Anders ist auch die fragliche Vorschrift des Preussischen Gesetzes nicht zu beurtheilen. Wenn Staatsanwalt, nach anderer Auffassung wenn Staatsanwalt und Richter wollen, können sie jedes vom Preussen im Auslande begangene nach dem Gesetz des Auslandes nicht straflose Vergehen in Preussen zur Bestrafung bringen. Diese Macht durfte dem Staatsanwalt, respective dem Staatsanwalt und Richter nicht überlassen werden, wenn dem Gesetzgeber nicht jegliches derartige Vergehn an sich strafbar erschien.

Wir behaupten also daß die aufgestellte Regel, der Staat hat alle Vergehen seiner Unterthanen zu strafen, auch für das Preussische Recht gilt, obgleich die Gesetzesworte die Anwendung der Regel Ausnahme nennen, und dem Staatsanwalt die Befugnis gewähren für die im Auslande begangenen strafbaren Verbrechen und Vergehen nach Belieben Ausnahmen eintreten zu lassen. Ueberhaupt dürfen wir nicht verkennen daß die Anwendung unserer Regel auch in andern Deutschen Ländern erhebliche Ausnahmen leidet, was aber doch den Bestand der Regel selber nicht erschüttert.

Unsere Regel lässt sich in die zwei Sätze zerlegen: alle Verbrechen im Inlande sind strafbar, wenn sie nicht von Nichtunterthanen begangen sind; alle Verbrechen im Auslande sind strafbar, die von Inländern verübt werden. Wir haben vorher gesehn daß alle Deutschen Strafgesetze die Strafbarkeit der im Inlande verübten Verbrechen mit gewissen Ausnahmen aussprechen. Die erste Ausnahme die uns begegnete war die betreffs der Exterritorialen. Diese Ausnahme ist keine Ausnahme von unserer Regel. Die Exterritorialen sind keine Unterthanen, auch nicht subditi temporarii, daher ihre Verbrechen eben als von Nichtunterthanen begangene straflos sind. Wenn doch einzelne Staaten (z. B. Sachsen) unter Umständen und Bedingungen ein Strafverfahren zulassen, so geschieht dies entweder weil sie die Exterritorialität der betreffenden Personen nicht voll anerkennen, die Exterritorialen nicht ganz als Nichtunterthanen gelten lassen, oder aus den Gründen die auch zu der Bestrafung der von Ausländern im Auslande begangenen Verbrechen führen. Ebenso wie die Nichtbestrafung der Exterritorialen entspricht die Unstrafbarkeit des Staatsoberhauptes unserem Princip. Der Träger der höchsten Gewalt, derjenige in dem die ideale Macht des Staats sich verkörpert, kann nicht selber der Macht untergeben sein, die ihm innewohnt. Er steht nicht unter dem Staat, des Staats Oberherrlichkeit ist seine Oberherrlichkeit, er kann sich nicht auflehnen gegen die eigne Gewalt. Er ist nicht Unterthan, darum bindet ihn nicht was nur Unterthanen bindet. § 15.

Eine andere Ausnahme war daß gewisse im Inlande begangene Verbrechen nur wenn von Inländern begangen strafbar sind, wogegen subditi temporarii derselben Verbrechen sich nicht schuldig machen können. Auch diese Ausnahme steht mit unserem Princip nicht im Widerspruch. Zwar sind die subditi temporarii auch Unterthanen, aber sie sind doch Unterthanen anderer Art als die subditi perpetui, die Pflichten gegen den Staat haben beide, aber

§ 15. die Pflichten beider brauchen nicht nothwendig überall dieselben zu sein. Sonach kann bei den einen als Pflichtverletzung zu strafen sein, was bei den andern als indifferente Handlung erscheinen würde. Damit ist nun keineswegs gesagt daß es angemessen sei Hochverrath und ähnliche Vergehungen so zu definiren, daß dieselben nur von Inländern, subditi perpetui, begangen werden können, sondern es ist nur ganz allgemein die principielle Befugnis des Staats anerkannt, gewisse Handlungen der Inländer für strafbar zu erklären, die ebenso von Ausländern verübt straflos bleiben würden, und umgekehrt. Welche Deutschen Staaten von dieser Befugnis den richtigen Gebrauch gemacht haben, ist hier nicht im einzelnen zu ermitteln. — Die Besprechung der auf Retorsion und Praevention beruhenden Ausnahmen mag vorläufig ausgesetzt bleiben, da über sie dasselbe zu sagen ist, gleichviel ob sie bei der Beurtheilung der von Ausländern im Inlande oder der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen auftreten.

Von Inländern im Auslande begangene Verbrechen sind, wie wir gesehn, nach allen Deutschen Rechten strafbar, mit Ausnahmen. Die erste Ausnahme zu der unsere Betrachtung geführt hat, war die Bestimmung des Preussischen Rechts, daß Uebertretungen, d. h. alle kleinsten Vergehungen gewöhnlich straflos ausgehn sollen. Erinnern wir uns daß jeder Staat mit der Aufstellung eines Strafrechts darauf verzichtet, den ihm obliegenden Strafpflichten vollkommen zu genügen, und daß dennoch die Aufstellung des Strafrechts, das Aussprechen eben dieses Verzichts durch die Umstände genügend gerechtfertigt wird. Wir haben daraus oben entwickelt daß der Staat die Bestrafung kleinster Vergehen nach Gutbefinden aussetzen dürfe (vergl. § 9). Bedenken wir nun daß das Erkennen und auch das Verfolgen im Auslande begangener Verbrechen mit sehr erheblichen Schwierigkeiten verknüpft sein kann, so werden wir dem Staat verzeihen müssen, der alle im

Auslande verübten kleinsten Verbrechen für straflos erklärt. Frei- §15.
lich daß auch diese Erklärung von den Principien der Strafgewalt abweicht, aber derartige Abweichungen von den Principien sind, wie wir schon gesehn haben, bei der Herstellung jedes Strafrechts unvermeidlich.

Die zweite hieher gehörige Ausnahme beruht darauf, daß nach dem Recht einiger Deutschen Staaten die im Auslande geltenden milderen Strafbestimmungen wenigstens in manchen Fällen die mildere Bestrafung oder Nichtbestrafung der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen herbeiführen. Diese Ausnahme dürfte mit den hier angenommenen Grundlagen nicht so gut zu vereinigen sein, wie die eben besprochene. Der Staat straft die Vergehungen seiner Unterthanen im Auslande, weil er darin eine Auflehnung gegen seinen Willen, eine Verletzung seiner Vorschriften erblickt. Die Größe der Auflehnung, der Verletzung aber hat er allein zu bemessen, und dabei nur das eigne Maß anzuwenden, also lediglich nach dem eignen Gesetz vorzugehn.

So einfach dies an sich ist, mögen doch einige erläuternde Ausführungen nicht überflüssig erscheinen. Jeder Staat, der, wie zur Zeit alle Deutschen, der Regel nach alle Verbrechen, die auf seinem Gebiet begangen werden mögen und ebenso die von seinen Unterthanen im Auslande verübten straft, erkennt damit an daß der Verbrecher zu gleicher Zeit zwei Strafhoheiten, der einen als subditus transitorius, der anderen als subditus perpetuus unterworfen ist. Liegt hierin eine Inconsequenz, ein Widerspruch gegen das Wesen des Unterthanenverhältnisses? Sicher nicht. Die Verpflichtung die aus dem Unterthanenverhältnis fliesst, kommt darin mit der Verbindlichkeit aus einer Obligation überein, daß sie unmittelbar die Freiheit des Verpflichteten zu keinem Theile aufhebt. Ihm bleibt der Wille, er soll aber von diesem Willen einen bestimmten Gebrauch machen, ein facere oder non facere vornehmen.

§ 15. Er kann aber noch immer das facere unterlassen, statt des non facere die entgegengesetzte positive Handlung vornehmen, nur daß eines und das andere eine Verletzung der übernommenen Pflicht involviren würde. Auch der Unterthänigkeitsnexus hebt den Willen und das Handlungsvermögen des Unterthanen zu keinem Theile auf; es findet nur, wenn man so sagen will, eine Beschränkung statt, bei der es aber in der Macht des Unterthanen liegt einstweilen die Schranken zu durchbrechen. Daß nachträglich ein äusserer Zwang durch solche Pflichtverletzung hervorgerufen wird die Erfolge der verletzenden Handlung zu beseitigen, vermehrt noch die zwischen der Obligation und dem Unterthanenverhältnis bestehende Aehnlichkeit. Daß ein und dieselbe Person als Schuldner in zwei und mehren Obligationen stehen kann ist zweifellos. Ebenso kann ein Mensch Unterthan mehrer Staaten sein, insofern dies nicht von dem einen Staate geforderten besonderen Unterthanenpflichten widerspricht, oder sonst ein unlösbarer Conflict zwischen den Anforderungen des einen und des andern Staats entstehen würde. Wir haben hier nur mit einem Theil des Unterthanenverhältnisses, mit der Untergebung unter die staatliche Strafhoheit zu thun. Da mit wenig Ausnahmen die Strafherrschaft der verschiedenen Staaten von ihren einzelnen Untergebenen nichts verlangt als ein non facere, so ist an sich kein Grund vorhanden, warum nicht ein Mensch zu einer Zeit mehren Strafgewalten untergeben sein, der einen ein so, und der andern ein etwas anders umgrenztes non facere schulden könnte.

Wenn also a Unterthan des Staates A und als solcher der Strafhoheit des A dauernd unterworfen ist, so kann mögliches Falls derselbe a zugleich der Strafgewalt des Staats B und etwa noch der des C unterworfen sein. Die einzelnen Staaten haben diese Mehrheit rechtlicher Verpflichtungen des a anzuerkennen; haben sie aber bei der Uebung der eigenen Strafrechtspflege darauf

Rücksicht zu nehmen? Fälle wo dies nothwendig sein könnte wer- §15.
den sich finden lassen. Die Handlungen des a können dem Staat B als Landesverrath erscheinen, a hat aber nur gehandelt dem Staat A gegenüber bestehenden positiven Pflichten zu genügen. Der Richter in B dürfte hierauf Rücksicht zu nehmen haben, wenn er anders bei dem Staat A nicht die staatliche Existenz, noch bei dem a die Beziehungen zum Staate A zu leugnen vermag. Sehn wir ab hievon, auf die gewöhnlichen strafrechtlichen Verpflichtungen zum Unterlassen. A straft weil in der Handlung des a eine Ueberschreitung seiner Vorschrift liegt. Er straft nach Größe der Schuld des a, wie diese ihm dem A gegenüber besteht. Die Schuld des a gegen A wächst nicht und fällt nicht darum weil a mit derselben Handlung, mit der er wider A sich schuldig gemacht, auch die Verpflichtungen wider B durchbrochen hat. So wenig der Staat A leugnen kann daß a auch dem Staat B gegenüber schuldig, von B zu bestrafen sei, ebensowenig hat er bei der eignen Bestrafung allgemein Rücksicht zu nehmen auf die Zulässigkeit einer Bestrafung des a seitens des B. Wo irgend also a sich vergangen haben mag, Staat A hat ihn stets nach seinem des A Recht zu strafen, ohne daß hieran wegen im Auslande geltender milderer oder strengerer Bestimmungen etwas zu ändern wäre.

Nicht alle Deutschen Staaten haben, wie aus der oben aufgestellten Uebersicht sich ergiebt, dies Verhältnis richtig erkannt. Kein Staat will das ausländische strengere Recht anwenden, nicht wenige aber räumen dem milderen Strafgesetz Einfluss ein, Baden ganz allgemein, Würtemberg, Hannover, Thüringen, Preussen, der Bairische Entwurf nur wenn das ausländische Recht Straflosigkeit annimmt. Hält man überhaupt eine Berücksichtigung des ausländischen milderen Rechts für angemessen, so ist es inconsequent nur die zur völligen Straflosigkeit und nicht zugleich die zur gelinderen Bestrafung führenden Bestimmungen zu beachten. Wer mit uns

§ 15. jedwede Beachtung des fremden Rechts für ungerechtfertigt hält, muss sich freuen je mehr die unhaltbare Ausnahme beschränkt wird. Ob übrigens das ausländische Recht, das mit in die Rechnung gezogen werden soll, das Recht ist das am Ort der That gilt, wie dies die meisten verordnen, oder, wie Würtemberg will, das Recht desjenigen Staates der unmittelbar oder in seinen Angehörigen von dem Verbrechen betroffen wird, gilt uns ganz gleich, für das eine sprechen so wenig Gründe wie für das andere.

Viele der genannten Staaten wollen übrigens die ausländischen milderen Gesetze doch nur da eingreifen lassen, wo das Verbrechen gegen das Ausland und Ausländer, oder doch nicht gegen das Inland und Inländer sich richtet, so Würtemberg, Hannover, Thüringen, Baden, der Bairische Entwurf. Auch dies ist nur als ein grund- und zweckloses auf halbem Wege stehen bleiben zu bezeichnen. Verletzen die im Auslande begangenen Verbrechen den Staat, dem der Thäter dauernd angehört, nicht, so hat dieser Staat nicht zu strafen; mit Bezug hierauf haben wir vorher besonders hervorgehoben daß der Staat Handlungen, die nur an bestimmter Stelle, auf seinem Gebiete verübt ihm zuwiderlaufen, im Auslande für straflos erklären könne, während er sie im Inlande begangen als Verbrechen behandle. Ist aber unser Staat durch Handlungen des Inländers im Auslande verletzt, so geht ihn nichts an wie das Ausland solche Handlungen beurtheilt. Ob er verletzt ist, wie sehr er verletzt ist, wie er gegen die Verletzungen zu reagiren hat, das muss er selber wissen, und darf nicht andre für sich entscheiden lassen. Aber, wirft jemand ein, das ist's ja gerade was Würtemberg, Baden und die andern wollen, sind sie selber auch nur in ihren Unterthanen verletzt, so reagiren sie nach dem eigenen Gesetz, nur wo dies nicht der Fall ist, wenden sie fremdes Recht an. Dawider: Sind sie nicht verletzt, warum überhaupt reagiren sie? wollen sie fremde Strafgerichtsbarkeit üben? wer hat ihnen

diese übertragen? oder wollen sie nur dem fremden Staate gegenüber gefällig sich erweisen in Erwartung gleicher Gegenleistung? Aber dürfen sie aus dieser eigennützigen Gefälligkeit eine Strafgewalt sich anmaßen, die übrigens ihnen nicht zustände? — Doch sehn wir näher zu, wir werden finden daß auch in jenen Fällen, wo man zum fremden Recht greifen möchte, es an der eignen Verletzung, überhaupt an den Bedingungen der Uebung eigner Strafgewalt nicht fehlt. Handlungen, deren Erfolge den Staatszwecken zuwiderlaufen, seien strafbar, sagten wir. Dabei aber haben wir darauf verwiesen daß nicht blos die äusseren Erfolge, sondern auch die persönlichen, die Rückwirkung der That auf die Person des Thäters in Betracht kommen müsse. Diese Rückwirkung auf den Thäter wird bei den meisten Verbrechen dieselbe sein, gleichviel wo und an wem dies Verbrechen begangen ist. Wer sündhaften Einflüssen soweit sich hingegeben hat, ist schlechter, dem Staate weniger nütze als er zuvor gewesen, dieser Schaden trifft den Staat im einen Falle wie im andern. Die Mehrzahl also der für Verbrechen zu erklärenden Handlungen werden den Staatsinteressen zuwiderlaufen, auch wenn sie im Auslande an Ausländern verübt werden. Handlungen, bei denen dies nicht der Fall ist, wenn sie unter Umständen begangen werden wo sie dem Staat nicht widerstreben, sollen gar nicht gestraft werden. Die strafbaren aber hat der Staat lediglich nach eigenem Recht zu beurtheilen. §15.

Noch ein Einwurf hiegegen: es sei den Unterthanen im Auslande die Rechtskenntnis erschwert; unbillig sei es den zu strafen der für völlig erlaubt gehalten was er um sich herum ungestraft geschehen sah. Zugegeben daß der Rechtsunwissenheit ein gewisser Einfluss zukomme, daß Irrthum über das vaterländische Recht im Auslande leichter entstehen könne, so darf dies doch nur dann zur milderen Bestrafung führen, wenn im einzelnen Fall eine derartige entschuldbare Unwissenheit nachzuweisen ist. Auch den Wissenden

§ 15. darum milder zu behandeln, weil ihm vielleicht ein etwaiges Nichtwissen zu verzeihen gewesen sein würde, ist ungerechtfertigt.

Zu bemerken ist übrigens daß die Praxis in Deutschen Ländern, wo besondere Vorschriften über die Behandlung der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen nicht bestehn, mit den hier vorgetragenen Ansichten übereinstimmt. In Temmes Archiv finden sich einige hiehergehörige Fälle:

Nr. 6, das O. A. G. zu Cassel straft den Kurhessischen Unterthan, der während seines Aufenthalts in Frankreich im Concubinat gelebt hatte, da dies Verhältnis nach Hessischem Recht strafbar ist, ohne Rücksicht darauf, daß das Französische Recht dafür keine öffentliche Strafe hat.

vergl. ebenda Nr. 7, 291, 293.

Eng an die letzten Ausführungen schliesst sich, was über die Berücksichtigung der Praevention zu sagen ist. Durch eine Handlung kann a an zwei Staaten A und B sich vergangen haben. In diesem Falle haben beide A und B zu strafen, und zwar beide je nach eigenem Recht. Auf das Recht des andern hat, wie wir gesehn, ganz allgemein keiner von beiden Rücksicht zu nehmen. Aendert sich dies wenn der andere Staat vielleicht früher schon wegen der betreffenden Handlung ein Strafverfahren eingeleitet, erkannt oder vielleicht gar schon gestraft hätte? Man beruft sich dafür wol auf den viel gemisbrauchten Satz: non bis in idem. Die Bedeutung und Begrenzung dieses Satzes aufzusuchen ist hier nicht der Platz. Aber das ist bald erkannt, mag man ihn ausdehnen soweit irgend zulässig, auf den vorliegenden Fall ist er nicht anzuwenden. Denn der Staat A ahndet die Verletzung seiner Rechtsordnung, die Auflehnung wider seinen Willen, und der Staat B in gleicher Weise die Auflehnung wider sich. Die Auflehnung wider den A aber ist nimmer mit der Auflehnung wider den B identisch, wenn auch beide Auflehnungen von demselben Subject a ausgehn, und in einer

Handlung des a ihren Ausdruck finden; ebenso wie die Beleidi- §15. gung des X nicht identisch ist mit der Beleidigung des Y, wenn zufällig O mit einem Worte beide, den X und den Y injuriirt hätte. Wenn ein Mensch zur Zeit unter der Strafherrlichkeit zweier Staaten steht und mit einer Handlung wider die Gebote beider verstößt, so erfolgt eine doppelte, es erfolgen zwei Rechtsverletzungen, die nur äusserlich zusammenzufallen scheinen. Jeden der beiden Staaten geht nur eine, die Verletzung des eignen Rechtes an, die allein er zu verfolgen hat, unbekümmert darum ob auch der andere Staat seine Rechtsverletzung verfolgt oder nicht verfolgt; ebenso wie jeder der beiden Beleidigten eine selbständige in ihrem Erfolge von der des andern ganz unabhängige actio injuriarum hat. Die Begnadigung, die Freisprechung, die Verurtheilung des a im Staate B, alle beziehn sich nur auf die Schuld des a wider den B, sie üben keinen Einfluss auf die Schuld des a gegen A, deren Verfolgung und Ahndung nur durch den A betrieben werden kann.

Diese Betrachtungen führen dahin die Annahme einer durch Praevention bewirkten Straflosigkeit oder geminderten Strafbarkeit durchgängig zu verwerfen. Will man streng consequent beharren bei dem was aus unseren Principien sich ergiebt, so wird man auch die Einrechnung der im Auslande verbüßten Strafe in das vom inländischen Gericht zu sprechende Erkenntnis verwerfen müssen. Doch mag man auch eine principielle Rechtfertigung dieser Einrechnung versuchen, da auch das Privatrecht selbständig nebeneinanderstehende Obligationen kennt, bei denen, so wenig übrigens die Schicksale der einen die andere berühren, was auf diese gezahlt wird, auch auf die andere abgerechnet werden muss. Abgesehn aber hievon: unser Strafrecht ist nicht, und kann nicht sein, eine streng principgemäße Bildung. Sind wir in tausend Fällen gezwungen die Spitzen unserer Consequenzen aus praktischen Rück-

§ 15. sichten abzubrechen, so mag man auch hier wider die Consequenz einem wol sehr allgemeinen Billigkeitsgefühl nachgeben, und die Abrechnung der für dieselbe Handlung am andern Ort schon verbüßten Strafe gut heissen. Daß aber eine weitere Wirkung der Praevention sich rechtfertigen lasse, muss bestritten werden. Wirft man ein, dieselbe Billigkeit, der wir eben Raum gegeben, fordere eine weitere Berücksichtigung der Praevention, willkürlich sei es die Billigkeit wider die Consequenz hier zuzulassen, dort nicht zuzulassen; so ist darauf einmal mit der Negation zu antworten: die Billigkeit erfordere dies nicht, der Beweis daß die Behauptung dem allgemeinen Billigkeitsgefühl entspräche sei abzuwarten; sodann aber, wolle man überhaupt die Billigkeit auf die Rechtsbildung einwirken lassen, so müsse man dieselbe auch irgend wie willkürlich begrenzen, sonst werfe die Billigkeit das ganze Recht über den Haufen; wer also von einer mehr oder weniger willkürlichen Begrenzung nichts wissen wolle, der müsse jedwede Einwirkung der Billigkeit auf das Recht für ungehörig erklären.

Einige mit den hier vorgetragenen Ansichten übereinstimmende Erkenntnisse finden sich in Temmes Archiv.

B. I N. 9, v. d. O. A. G. zu Cassel, dem auch das II 233 mitgetheilte Erkenntnis desselben Gerichts nicht widerspricht.

B. I N. 10, v. d. O. A. G. zu München.

B. IIII N. 752, v. d. O. A. G. zu München.

Weniger als über die Praevention ist über die Retorsion zu sagen. Daß dieselbe aus strafrechtlichen Grundsätzen so wenig wie aus den Principien der Strafgewalt herzuleiten ist, liegt auf der Hand. Andererseits haben wir auch schon wiederholt hervorgehoben, daß dem Staat ein Abweichen von diesen Principien gestattet sein muss, wenn äussere Gründe ihn dazu zwingen. Die Frage nach der Zuläßigkeit der Retorsion wird also zur Frage nach den

äusseren politischen Beziehungen des betreffenden Staates. Machen §15.
diese die Retorsion nöthig, so mag der Staat derselben sich bedienen; wo nicht, da wäre die Retorsion ungerechtfertigt. Juristische Interessen kann diese Prüfung im allgemeinen wie im concreten Falle nicht beanspruchen.

Endlich haben wir noch ein Urtheil abzugeben über die Zulässigkeit der Bestrafung von Ausländern im Auslande begangener Verbrechen. Die Zulässigkeit scheint von unseren Grundanschauungen und auch von dem Standpunkt des Territorialitätsprincips aus nicht behauptet werden zu können. Man hat sich auf Zweckmäßigkeitsgründe berufen. Nach der absoluten Straftheorie ist es undenkbar daß Zweckmäßigkeitsgründe dem Staat eine Strafgewalt verleihen, die ihm ohne dieselben nicht zukäme. Berner (Wirkungskreis § 33) unterscheidet zwei Kategorieen derer, welche die Bestrafung der von Ausländern im Auslande verübten Verbrechen zu vertheidigen gesucht haben. Die einen, ihnen will Berner sich anschliessen, nehmen mit verschiedenen Modificationen, ein natürliches Strafrecht an, das der Staat wenigstens da überall haben soll, wo Ausländer gegen ihn und seine Angehörigen sich vergehn. Dawider hat schon Abegg (Bestraf. d. im Ausl. beg. Verbr. § 39) gekämpft. Das natürliche Strafrecht schwebt in der Luft wenn man ihm nicht zur Grundlage ein natürliches Staatsrecht anweist, wonach jeder Einzelstaat eine wenn auch beschränkte und bedingte Staatshoheit besitzt über alle Menschen, jeder Mensch in gewissem Sinne Unterthan ist jedes Staates. Die Annahme eines solchen natürlichen Staatsrechts dürfte mit dem positiven Staatsrecht unvereinbar sein. Die der zweiten Klasse angehörigen sprechen nur von einem Vertheidigungsrecht des Staates, analog etwa dem Recht der Nothwehr. Dagegen liegt der von Berner gemachte Einwurf nahe, daß die Strafe auf vergangenes sich beziehe, gegen Geschehenes aber es keine Vertheidigung gebe.

§ 15. Will man eine wahre Strafgewalt des Staats über Ausländer im Auslande, also über Nichtunterthanen des strafenden Staats annehmen, so glaube ich muss man zu einer Fiction greifen, die vielleicht dereinst sich realisiren mag. Alle Staaten sind Glieder eines großen Staatensystems, dessen Oberherrlichkeit von allen Einzelstaaten anzuerkennen ist. Jedes Verbrechen verletzt nicht blos die Interessen des Einzelstaats, den es eben trifft, sondern auch dies System. Eine Reaction seitens des Staatensystems wider den Verbrecher wäre also begründet. Das Staatensystem aber hat für die Uebung seiner Strafgewalt keine eigenen Organe, vielmehr diese Gewalt den Einzelstaaten committirt. So kann jeder Staat jedes Verbrechen strafen als Verletzung nicht seiner selbst sondern des über ihm stehenden Systems, kraft der von diesem verliehenen Gewalt. Eine Begrenzung der zu übertragenden Gewalt, um den einzelnen Staat mit Strafverpflichtungen nicht zu überbürden, wäre hieneben wol denkbar. Aber die Fiction von der wir ausgegangen ist zur Zeit reines Phantasiebild, ohne Wahrheit und Wirklichkeit, und daher ungeeignet ein in die Wirklichkeit gesetztes Strafrecht zu stützen.

Kann man nicht alle Menschen zu Unterthanen eines Staates machen, oder zu Unterthanen irgend eines andern vorhandenen Etwas, das der einzelne Staat zu vertreten hätte, so kommt dem Staat überhaupt ein Strafrecht über alle nicht zu. Daneben aber ist nicht zu läugnen daß auch Handlungen der Nichtunterthanen, auf die also die Strafgewalt sich nicht bezieht, so gut wie Handlungen der Unterthanen den Zwecken und Interessen des Staats zuwiderlaufen können. Ist der Staat gegen die Nichtunterthanen wehrlos? Er mag sich schützen wie eben seine Kräfte und seine anderweitigen Verpflichtungen ihm dies gestatten. Nur strafen im eigentlichen Sinne darf er nicht, er kann nicht punire quod peccatum est. Aber das punire ne peccetur scheint ihm unter an-

dern Schutzmitteln gestattet werden zu müssen. Feuerbachs §15.
Theorie der Generalpraevention dürfte gerade auf die Vergehn der Ausländer im Auslande Anwendung finden können. Der Staat schützt sich durch das Verbot. Das genügt für die nicht entschieden feindlich gesinnten. Diese schreckt er ab durch die für die Uebertretung des Verbots gedrohte Strafe. Der Vollzug der Strafe dient nur zur Bekräftigung der Drohung. Diese Deduction treffen die von den Gegnern des in der Bestrafung der Ausländer sich manifestirenden Vertheidigungsrechts des Staates gemachten Einwürfe nicht.

Auch für die praktischen Consequenzen ist es nicht unwichtig welche Grundlagen man für die Bestrafung der von Ausländern im Auslande verübten Verbrechen annimmt. Unsere Auffassung führt zur möglichst großen Beschränkung der Strafdrohungen und Strafhandlungen wider im Auslande sich vergehende Ausländer. Die fraglichen Vergehen müssen wirklich die Interessen unseres Staates gefährden; unser Staat muss dieser Gefahr nicht in anderer Weise besser begegnen können; es muss Aussicht vorhanden sein durch die Drohung und die der Drohung Nachdruck verleihende Bestrafung ähnlicher Gefahr für die Zukunft vorzubeugen; nur wo diese Requisite zusammentreffen, darf der Staat von diesem Schutzstrafrecht Gebrauch machen. Es ergiebt sich ferner daß, da es hier nicht um die Uebung des ordentlichen Strafrechts sich handelt, auch die ordentlichen Strafgerichte nicht ohne weiteres zur Uebung berufen sind, ihnen vielmehr die Berechtigung zur Uebung dieses ausserordentlichen Strafrechts besonders übertragen werden muss, übrigens auch anderen Staatsbehörden verliehen werden könnte. Das wichtigste aber dürfte sein daß die strafrechtlichen Regeln als solche auf die Behandlung dieser Vergehungen nicht anzuwenden sind, sondern nur wenn sie im einzelnen Falle mit den aus den Principien dieses Strafschutzes zu entwickelnden Consequenzen übereinkommen. Dies zwingt uns eine besondre Lehre für die Bestrafung

§ 15. der im Auslande von Ausländern verübten Verbrechen zu entwickeln, die freilich in vielen Punkten mit der gewöhnlichen Strafrechtslehre zusammentreffen, in andern nicht unerheblichen aber, z. B. betreffs der Zurechnung zu weit verschiedenen Resultaten führen dürfte.

---

§ 16.

Zeitliche Grenzen der Geltung des Strafgesetzes. Die angebliche rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes.

§ 16. Daß jede Rechtsnorm ein zeitlich begrenztes Dasein hat, steht über allem Zweifel; daher müssen auch für die Handlungen, auf die sie zu beziehn ist, zeitliche Grenzen zu finden sein. Es kann in Frage kommen, gilt die einzelne Rechtsnorm für die Handlungen, die während ihres rechtlichen Bestehens vorgenommen werden, oder kann sie auch auf andre frühere oder spätere Handlungen Einfluss üben, und wenn solch weiterer Einfluss anzunehmen ist, wo findet dieser die Grenze. Die Antwort dürfte nicht aus der Natur der Rechtsnormen überhaupt zu entnehmen, und auch nicht für alle Arten derselben gleich zu geben sein. Wir haben hier mit den auf die Verbrechen bezüglichen Normen zu thun, und werden bei unserer Antwort das Wesen der Verbrechen vornehmlich in Betracht ziehn müssen.

Die Behandlung der Frage zu vereinfachen wollen wir nicht alle Strafrechtsnormen, nur die Strafgesetze im Auge behalten. Bei Gewohnheiten kann ohnehin der Fall nicht leicht eintreten, daß man die Gewohnheit selber sicher erkannt hätte, darüber aber worauf sie sich erstreckt im Zweifel wäre. Auch bei den Gesetzen sind die Grundregeln der Geltung bald gefunden. Das Gesetz ist wirksam so lange es besteht, nicht vorher, nicht nachher. Daß Verbrechen, die nach Aufhebung eines Strafgesetzes verübt werden,

nicht nach dem aufgehobenen Strafgesetz zu beurtheilen sind, darüber ist man stets einig gewesen. Nicht ganz so zweifellos liegt die Sache auf der andern Seite. Das neu gegebene Gesetz bezieht es sich nur auf Verbrechen, die zeit seiner Herrschaft begangen sind, oder auch auf frühere, bei denen aber die Beurtheilung oder vielleicht gar nur die Bestrafung in diese Zeit hineinreicht? §16.

Das Strafgesetz haben wir erfasst zunächst als Anweisung an den Richter, daß er, und wie er die Strafgewalt des Staats zu üben habe. Wir wissen aber auch daß das Strafgesetz durch die Publication daneben den Charakter eines allgemein bindenden Verbots annimmt. Wäre es nur Anweisung an den Richter, so müsste dieser es anwenden auf alle Fälle die er zu entscheiden hat, ohne Rücksicht auf die Zeit der Verübung. Weil aber das Strafgesetz zugleich ein öffentliches Verbot ist, ändert sich dies. Jedes einzelne Verbrechen erscheint uns als Handlung wider Verbot, und zwar wider ein bestimmtes Staatsverbot. Nun kann aber eine Handlung nur das Verbot verletzen, das bestund als eben die Handlung vorgenommen wurde; und wieder, hat einmal eine Handlung ein gewisses Verbot verletzt, so kann menschliche Kraft dies nicht ungeschehn machen. Als Verletzung eines Gesetzes bekommt das Verbrechen in dem Augenblicke, wo es vollendet wird, eine feste rechtliche Bedeutung, nach Maßgabe des Gesetzes das es verletzt. Es steht fest, die Schuld ist so groß; mag kein menschliches Auge jetzt oder später genau erkennen wie groß; und dieser Größe der Schuld entspricht so schwere Strafe. Ob die Strafe später zu vollstrecken ist oder nicht, ist eine andere Frage, aber verwirkt ist die Strafe, und hieran kann nichts geändert werden. Ein älteres Gesetz straft die Fälschung der Papiere auf den Inhaber als gewöhnliche Urkundenfälschung, das neuere Gesetz behandelt sie als Münzfälschung. Wer unter Herrschaft des alten Gesetzes gefälscht hat, hat eine Urkundenfälschung begangen, nichts anderes, kein Gesetzgeber

§ 16. und kein Richter kann dies ändern. Ein neueres Gesetz bedroht gewisse unzüchtige Handlungen, die sonst unbeachtet geblieben, mit Strafe. Wer früher dergleichen begangen, hat nicht gegen dieses Gesetz, er hat überhaupt gegen kein Gesetz verstoßen, also kein Verbrechen begangen, also darf der Richter, auch der nach Einführung des neuen Gesetzes zu sprechen hat, keine Strafe über ihn verhängen. Ein anderes Gesetz lässt den früher rechtlich strafbaren Concubinat zu den rechtlich indifferenten Verhältnissen übertreten. Wer vor Erlass dieses Gesetzes im Concubinat gelebt, hat gegen das ältre Verbot verstoßen, er hat mit seiner Handlung sich schuldig gemacht, Strafe verdient; das muss auch der Richter anerkennen der zur Zeit des neueren Rechts urtheilt, er muss auf die verwirkte Strafe sprechen, wenn nicht andres ausdrücklich ihm befohlen ist.

Also weil Strafgesetze die Verbrechen verbieten, und die Verbrechen rechtlich als Ueberschreitungen des Verbots zu behandeln sind, darum müssen die Strafgesetze regelmäßig auf diejenigen Verbrechen angewandt werden, die zur Zeit ihres Bestehens verübt werden, nicht auf alle die während dieser Zeit zur Entscheidung kommen. Kann aber das neue Gesetz keinen Einfluss auf die Beurtheilung der unter dem älteren Gesetz vorgekommenen jedoch noch nicht dem richterlichen Erkenntnis unterworfenen Handlungen ausüben, so ist ihm zuverlässig auch jede Herrschaft über Handlungen abzusprechen, über die früher schon rechtskräftig erkannt war, und bei denen nur die Strafvollstreckung in das Gebiet des neuen Rechts fällt. Denn selbst wenn man das neue Gesetz auf ältere noch nicht endgültig entschiedene Fälle anwendbar erachten wollte, würde man eine Verpflichtung des Richters auch in schon völlig erledigten Fällen dem neuen Rechte gemäß durch Erkenntnis umzugestalten nicht annehmen können, schon darum nicht, weil der Richter nach allgemeiner Regel über rechtskräftig entschiedene Fälle keine Macht mehr hat.

Dagegen mögen wir zugeben daß bei den noch nicht zur letzten § 16.
Entscheidung gebrachten Fällen doch neueres Recht unter Umständen einen gewissen Einfluss üben muss. Nur weil und nur insoweit das Strafrecht aus Verboten besteht, darf es auf die früheren Fälle nicht angewendet werden. Strafrechtliche Vorschriften, die diesen Charakter nicht haben, besonders also solche die nur den Process regeln sollen, müssen von dem Augenblicke ihrer rechtlichen Existenz an auf alle Fälle zur Anwendung gebracht werden. Ebenso Gesetze die nicht neues Recht einzuführen nur älteres über Zweifel zu stellen bestimmt sind; so gesetzliche Aufzeichnungen von Gewohnheitsrechten, und authentische Declarationen.

Die Sätze zu denen wir soeben gekommen sind, werden im großen Ganzen allgemein angenommen, namentlich ist man einverstanden darüber, daß ein Straffall, der Regel nach, beurtheilt werden müsse nach dem Recht der Zeit, wo er begangen ist, nicht derjenigen wo er zur rechtlichen Entscheidung kommt. Nur eine Ausnahme von dieser Regel wird heut zu Tage ebenso allgemein behauptet: wenn das neuere Strafgesetz gelinder, dem Schuldigen günstiger ist, so soll dieses auch auf frühere Fälle Anwendung finden. Die wenigsten glauben diese Ausnahme aus den Quellen des gemeinen Deutschen Rechts rechtfertigen zu können, die meisten beruhigen sich bei der Uebereinstimmung der modernen Strafgesetzbücher und der neuesten Rechtslehrer; wer seine Meinung besser zu stützen unternimmt, sucht sie auf innere Gründe zu stellen. Die Frage ist praktisch wichtig, sie verdient eingehende Erörterung; gegen soviele Gegner dürfen wir nicht leichtfertig vorgehn. Prüfen wir die Stützen der behaupteten Ausnahmen im einzelnen.

Wir beginnen mit den Quellen des gemeinen Deutschen Rechts. Stellen die von dem älteren Römischen Recht Kunde geben, besonders aus Cicero bespricht ausführlich Zachariae (Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze § 51 f.). Ich habe kei-

§ 16. nen Grund hinsichts dieser Ausführungen ihm entgegenzutreten. Es scheint „als ob die Römer zu Ciceros Zeiten die Beziehung eines neuen Strafgesetzes auf die verflossene Zeit wenigstens dann nicht für unzulässig gehalten, wenn darin eine res sua sponte scelerata ac nefaria mit Strafe bedroht worden sei." Doch ist dieser Fall wol nur als Ausnahme zu betrachten, Regel scheint gewesen zu sein, „daß die Römer neuen Gesetzen, welche eine bisher straflose Handlung für strafbar erklärten, oder ein härteres Strafübel bestimmten, keine Anwendung auf frühere Handlungen gestatteten", ebenso wenig wie etwaigen milderen neuen Gesetzen. Dagegen meint Zachariae im neuesten Römischen Recht, in Justinians Compilation, Spuren zu finden, daß man wol das mildere, nicht aber das härtere neue Gesetz auf frühere Fälle angewandt habe. Mit Unrecht.

Als richtig ist zunächst noch zuzugeben, daß die Publications-Patente der Institutionen der Pandekten und des Codex, wenngleich sie auch auf Strafgesetze sich beziehn und den publicirten Gesetzen rückwirkende Kraft beilegen,

> const. *Δέδωκεν* § 23: ... *εἰς τὸν λοιπὸν ἅπαντα κρατοῦντα χρόνον καὶ χώραν ἔχοντα ἐπί τε τῶν ὕστερον συμβησομένων, ἐπί τε τῶν ἐν δικαστηρίοις ἠρτημένων.*
> const. Tanta § 23 — const. Cordi nobis § 4, 5.

dennoch für unsere Frage bedeutungslos sind, da die Absicht Justinians in der Hauptsache nicht auf Einführung neues Rechts, sondern nur auf die Feststellung des alten ging. Für seine Ansicht beruft Zachariae sich auf c. 3 C. Th. de incest. nupt. (3. 42), c. 23 de nupt. (5. 4) nov. 54 pr. c. 1, nov. 68 c. 1 § 1, nov. 129, nov. 134 c. 13. Dabei bleiben die wichtigsten die Regel des Römischen Rechts aussprechenden Stellen unbeachtet, so die vielbesprochene c. 7 de legibus (1. 14) und das speciell auf Verbrechen bezügliche fr. 1 pr. de poenis (48. 19):

quoties de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio ejus admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cum deliquisset. §16.

Nun soll gar nicht bestritten werden daß in Ausnahmsfällen die Römischen Kaiser mildernden Strafgesetzen rückwirkende Kraft beigelegt haben, was besonders bei der c. 3 C. Th. nicht wol scheint in Abrede gestellt werden zu können, daneben aber dürfen wir nicht übersehn daß noch die späteren Kaiser auch härteren neuen Gesetzen ausnahmsweise dieselbe Wirkung zugesprochen haben. Dies beweist die von älteren benutzte von Zachariae gleichfalls unbeachtete Verordnung Constantins, die als c. un. ad l. Fabiam de plagiariis (9. 18) in den Codex Theodosianus und verstümmelt auch bei Justinian c. 16 ad l. Fab. (9. 20) Aufnahme gefunden hat:

plagiarii, qui viventium filiorum miserandas infligunt parentibus orbitates, metalli poena cum ceteris ante cognitis suppliciis teneantur. si quis tamen ejusmodi reus fuerit oblatus, posteaquam super crimine patuerit, servus quidem vel libertate donatus bestiis primo quoque munere objiciatur, liber autem sub hac forma in ludum detur gladiatorum, ut antequam aliquid faciat, quo se defendere possit, gladio consumatur. eos autem, qui pro hoc crimine jam in metallum dati sunt, nunquam revocari praecipimus.

Aus dem Schlusssatz folgt zweifellos daß die vor Erlass dieses Gesetzes ein Plagium verübt, ihre Strafe aber noch nicht angetreten haben, noch nicht in metallum dati sunt, nach Willen des Kaisers mit der härteren Strafe des neuen Gesetzes zu belegen sind. Durch diese Ausnahmen wird aber die Regel der c. 7 de leg. cit.: leges et constitutiones non ad facta praeterita revocari, nicht aufgehoben. Daß Ausnahmen möglich seien giebt die gedachte Stelle

selber zu, und nur daß die Römer bei schärfenden so gut wie bei mildernden Strafgesetzen solche Ausnahmen wirklich gemacht haben war hier zu constatiren.

Auch auf die älteren Deutschen und Germanischen Rechtsquellen ist die Geltung der fraglichen Ausnahme nicht zurückzuführen. Bestimmungen über die zeitlichen Grenzen der Gesetzesherrschaft sind hier überall nicht häufig. Eine zweifellose Vorschrift findet sich im edictum Rotharis von 643 c. 388 (Ed. reg. Long. ed. Baudi a Vesme):

> et hoc addimus hac decernimus ut causas que fenitas sunt non revolvantur; quae autem non sunt fenitas et a presente vigesima secunda die mensis hujus novembris indictione secunda incoatae [al. inchoatae] aut commute [remote] fuerit per hoc Edictum incidantur et finiantur.

Aehnlich ist eine Vorschrift des Westgothenrechts

> l. 12 (13) Visig. II. 1.
>
> Flavius Rechesvintus Rex.
>
> *Ut terminatae causae nullatenus revolvantur, reliquae vero ad libri hujus seriem terminentur, adjiciendi leges principibus libertate manente.*
>
> Quaecunque causarum negotia inchoata sunt nondum vero finita, secundum has leges determinari sancimus. Illas autem causas quae [antequam istae leges a nostra gloria emendarentur legaliter determinatae sunt, id est secundum legum modum, qui ab anno primo regni nostri in praeteritis observatus est,] resuscitari nullatenus patimur. Sane leges adjiciendi principalis electio . . . .

und hiemit übereinstimmend

> l. 9 (10) Visig. II. 1.
>
> Flavius gloriosus Rechesvintus Rex.

Ne excepto talem librum qualis hic qui nuper est editus § 16.
[*alterum quisque praesumat habere.*
Nullus prorsus ex omnibus regni nostri praeter hunc librum qui nuper est editus] atque secundum seriem hujus a modo translatum librum alium legum pro quocunque negotio judici offerre pertentet. Quod si facere praesumpserit XXX libras auri fisco persolvat. Iudex quoque si vetitum librum sibi postea oblatum disrumpere fortasse distulerit predictae damnationis dispendio subjacebit. [Illos tamen a damno hujus legis immunes esse jubemus, qui praeteritas et anteriores leges non ad confutationem harum legum nostrarum sed ad comprobationem praeteritarum causarum proferre in judicio fortasse voluerint.]

Hiezu ist nach freundlicher Mittheilung von Merkel, dem ich die Hinweisung auf diese Stellen verdanke, zu bemerken, daß die eingeklammerten Stücke in der einzigen die älteste Version enthaltenden Handschrift (cod. Reg. Vat. 1024) fehlen. Daß l. 9 cit. auch auf Straffälle sich beziehe, könnte bezweifelt werden, wogegen die l. 12 cit. sicher nicht auf Civilsachen zu beschränken ist; man vergleiche z. B. den Eingang der l. 14 eod.: cum ceteris negotiis criminalium etiam causarum tinfadis etc.

Die Deutschen Reichsgesetze enthalten gleichfalls nichts woraus die Ausnahme herzuleiten wäre, auch hat meines Wissens niemand hiefür auf dieselben sich berufen. Aber die neueren Particulargesetze kennen und anerkennen die Ausnahme. Die neueren, das heißt das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten und die Strafgesetzbücher die nach diesem in das Leben getreten sind. Aeltere Criminalcodices wissen noch nichts davon. So lautet das Publicationsgesetz des codex juris Bavarici criminalis vom 7ten October 1751:

. . . gebieten hierauf gnädigst, daß sothaner neuer Satz und

§ 16. Ordnung . . . nachgelebet, dieselbe auch hinfüro bei Gericht sowol in Bestraff als Processirung der Uebelthäter für die alleinige Regel und Richtschnur gehalten . . . . um somehr als Wir dagegen alle dahin einschlagende ältere Rechte Statuten und Verordnungen . . . von nun an gänzlich aufheben cassiren und abrogiren.

Das Publicationspatent des Bairischen Civilgesetzes, vom 2ten Januar 1756 unterscheidet, „so viel das jus novum betrifft, wodurch nämlich entweder etwas ganz Neues verordnet, oder das ältre bisher üblich geweste Recht abgeschafft worden, erst auf nächstkünftigen ersten Tag Junii den Anfang damit mache, ... wo das vorige nur wiederholt . . . . wird, sich gleich von nun an in Erörterung deren sowol künftig als gegenwärtig und vergangener Handlungen, soweit nämlich diese letztern noch nicht abgeurtheilt und in rem judicatam verwachsen seynd. . . .“ Bei dem Oesterreichischen Strafgesetzbuch von Maria Theresia wird in der Publicationsverordnung vom 31ten December 1768 die Gesetzeskraft um ein Jahr nach der Publication hinausgeschoben, von da ab aber soll keinerlei Unterschied gemacht werden, „daß in Malefizsachen dieser Unser verneuerten H. G. O. allein und was Wir etwann sonst fürs künftige anordnen dürfften unverbrüchlich nachgelebt werde.“ Etwas anders, aber doch auf dieselben Grundlagen bauend, bestimmt das Publicationspatent zu dem neueren Oesterreichischen Strafgesetzbuche Josephs II. daß die Bestimmungen des neuen Criminalgesetzes bei jedem Verbrecher, der bei dem Criminalgericht erst nach dem Ueberkommen dieses Gesetzes eingebracht worden, zur Anwendung kommen, Verbrecher aber, die zur Zeit des überkommenen Gesetzes bereits in Verhaft gewesen, nach dem älteren Strafgesetz beurtheilt werden sollen.

Diese Oesterreichische Verordnung ist vom 13ten Januar 1787 datirt. Am 20ten März 91 ist das Preussische Landrecht

vorläufig bekannt gemacht, durch Patent vom 5ten Februar 94 ist §16.
ihm Gesetzeskraft vom ersten Juni desselben Jahres ab beigelegt worden. In dem Preussischen Landrecht nun finden wir den Gedanken einer rückwirkenden Kraft des neueren Strafgesetzes so mächtig wie in keinem andern Gesetzbuch.

§ 18 der Einleit. — Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu Statten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neueren Gesetzes noch nicht vollzogen war.

§ 19. In sofern aber aus einer verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muss auf die Gesetze welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden.

§ 20. Ist es zweifelhaft: ob das Verbrechen vor oder nach der Publication des neuen Gesetzes vorgefallen sei, so muss bei Bestimmung der Strafe das mildere Gesetz zum Grunde der Entscheidung genommen werden.

Noch nicht genug hieran; das Patent von 5/2 94 bestimmt überdies daß auch vor der mit dem 1/6 94 beginnenden Gesetzeskraft des Landrechts das neue Gesetz, soweit es gelindere Strafen verordne, von den Gerichten angewandt werden solle. Dagegen ist aber auch zu erwähnen daß durch Rescript von 3/10 91 die Bedeutung des angeführten § 18 bereits eingeschränkt worden war, da nach diesem Rescript das Erkenntnis für vollzogen zu erachten, sobald der Verbrecher auf Grund Erkenntnisses an den Strafort abgeliefert ist.

Das Preussische Gesetz hat unverkennbaren Einfluss auf die ganze spätere Gesetzgebung geübt, doch, wie schon bemerkt, sind die neueren Rechte dem Preussischen nur auf halben Weg gefolgt, und in Preussen selber hat man sich zur Umkehr entschlossen. Darin zunächst weichen die neueren Strafgesetzbücher von dem Preussischen Landrechte ab, daß sie die rückwirkende Kraft neuer mildernder Ge-

§16. setze nicht zur allgemeinen Norm erheben, sondern sich genügen lassen in dem betreffenden Publicationspatente ihren eigenen mildernden Bestimmungen die Rückwirkung zuzusprechen. Ferner aber unterscheidet sich die Mehrzahl derselben dadurch, daß sie das gelindere neue Gesetz nur auf noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle zurückwirken läßt. So bestimmt das Publicationspatent des Oesterreichischen Strafgesetzbuches von 1803 daß „anhängige oder nun erst zur Untersuchung kommende Fälle" nach dem neuen Gesetz beurtheilt werden sollen, „wenn dieses gelindere Behandlung verordne." Und diese Bestimmung, nur der Fassung nach verschieden, findet sich fast in allen Publicationsgesetzen der neuen Deutschen Strafgesetzbücher.

Nach der Verschiedenheit der Fassung lassen sich diese Verordnungen so gruppiren. Einige sprechen als Regel aus, daß das neue Gesetz auf noch nicht durch endgültiges Erkenntnis abgethane Fälle wirken müsse, und lassen daneben Ausnahmen zu, entweder wo das ältre Gesetz das gelindere, so

Bair. Publ. Patent v. 10/5 1813.

Sächs. Verordn. v. 30/3 38 § IV.

Württemb. Ges. v. 1/3 39 Art. 2.

Hannov. Einf. Pat. v. 8/8 40 § 6, 7.

Hessen Einf. Ges. v. 17/9 41 Art. 3.

oder wo das neue das härtere ist, so

Oesterr. Kundmach. Pat. von 27/5 52.

Sächs. Verordn. von 13/8 55.

Andere stellen als Regel auf, daß das Verbrechen nach dem Gesetz unter dem es verübt worden beurtheilt werde, und lassen daneben dann die Rückwirkung der milderen Bestimmungen des neuen Gesetzes, aber nur auf noch nicht entschiedenes, ausnahmsweise zu. So

Old. Publ. Pat. vom 10/9 1814.

Braunschw. Einf. Pat. vom 10/7 40 § 5. §16.

Bad. Einf. Ges. v. 5/2 51 § 7.

Preuss. Einf. Ges. v. 14/4 51 IV.

Ueber die Verjährung finden sich noch einige besondere Bestimmungen bei einzelnen, die für unsere Betrachtung kein erhebliches Interesse haben; auch daß bei Zweifelsfällen, wo der Richter über die Zeit des verübten Verbrechens nicht zur Gewisheit kommen kann, stets das mildere Gesetz angewandt werden müsse, wird bisweilen ausdrücklich gesagt (Preuss. Einf. Ges. IV). Die rückwirkende Kraft des neuen Gesetzes wird von dem Braunschweigischen Einführungs-Patent § VI insofern ausgedehnt, als auch bei den Verbrechen, über welche noch nach älterem Rechte zu erkennen war, doch nur die von dem neuen Gesetz zugelassenen Strafen Anwendung finden sollen.

Auf durch rechtskräftiges Erkenntnis schon erledigte Fälle zieht die Hessische Publications-Verordnung das Strafgesetzbuch zurück, doch nicht auf alle, nur auf die einer bestimmten Art. Die schon erkannte aber noch nicht vollstreckte Strafe der körperlichen Züchtigung soll nach Art. 4 überall unvollzogen bleiben, ebenso werden für die nach früherem Recht zu bürgerlichem Tode verurtheilten die dieser Strafe eigenthümlichen Wirkungen im Art. 7 aufgehoben. Weiter sind hierin die Thüringischen Staaten gegangen. Das Publicationspatent von Sachsen Weimar (von 20/3 50) verfügt, daß das neue Gesetz bezogen werden solle auf alle zur Entscheidung kommenden Fälle, ausgenommen wenn diese unter einem älteren dem Thäter günstigeren Gesetze sich zugetragen, ferner daß das neue Gesetz auch auf durch Erkenntnis letzter Instanz entschiedene Fälle zurückwirken solle, wenn früher auf Strafe erkannt, die Strafe aber noch nicht gänzlich verbüßt ist und das neue Gesetz für dieselben Fälle Straflosigkeit annimmt; „mit der Vollstreckung der erkannten Strafe" ist in diesen Fällen „sofort Anstand

§ 16. zu nehmen und die Sache beizulegen.“ Wo das neuere Gesetz auch Strafe, aber gelindere droht, „kann eine Abänderung des Erkenntnisses auf dem Gnadenwege erwirkt werden.“ Dem sind die andern Thüringischen Staaten gefolgt, nur daß Sachsen Gotha einen Antrag des Verurtheilten fordert, um von der Vollstreckung der schon erkannten Strafe abzugehn, und Sachsen Coburg dieselben Bestimmungen selbständig formulirt hat. Auch ein Königlich Sächsisches Specialgesetz vom 8ten Februar 1834 hatte den Grundsatz adoptirt, daß wo das neuere Recht Straflosigkeit annehme, auch mit Vollstreckung der erkannten aber noch nicht verbüßten Strafen anzustehen sei. Die beiden Sächsischen Gesetzbücher aber sind hievon, wie schon bemerkt, wieder abgegangen. Ebenso ist in Preussen durch den Artikel VI des Einführungsgesetzes von 1851 der § 18 der Einleitung zum allgemeinen Landrechte ausdrücklich aufgehoben worden.

So steht es mit den heutigen Particularrechten. Für die behauptete Ausnahme wird aber auch eine communis opinio doctorum in die Schranken geführt. Man wird mir zugeben daß solche communis opinio irren kann, und daß wo sie irrt, sie Unrecht nicht zum Recht machen kann, wie denn das Recht Machen überall nicht ihres Amtes sein dürfte. In diesem speciellen Fall aber ist das Auftreten der gemeinen Meinung wenig imposant. Einmal weil die Einigkeit nicht groß ist, man sehe z. B. wie wenig Zachariae (Ueber die rückw. Kraft § 2) auf die Ausführungen früherer Vertreter seiner Meinung giebt. In der Hauptsache ist man einig, uneins darüber ob das mildere neue Gesetz auch auf die rechtskräftig entschiedenen Fälle zurückwirken solle, oder nur auf die nach gewöhnlicher Regel noch der richterlichen Entscheidung unterliegenden; jenes wollen unter andern Wächter und Temme, während die Mehrzahl für dieses sich zu entscheiden scheint. Ebenso wenig kann man über die Entscheidung einzelner Fälle, (wir werden

einige davon nachher zu besprechen haben), auf welche die rückwir- § 16. kende Kraft ihren Einfluss üben soll, sich einigen. Deutlich tritt hiebei hervor daß diese Divergenzen fliessen aus der Verschiedenheit der Ansichten von der Grundlage, auf welcher die rückwirkende Kraft beruht. Schon diese Divergenzen über die Begründung der auch nicht mit völliger Uebereinstimmung behaupteten Resultate, schwächen das Ansehn der communis opinio. Und weiter: wie alt ist diese gemeine Meinung? Die meisten die auf sie sich berufen (vergl. beispielsweise Mittermaier zu Feuerbachs Lehrb. § 74 N. II, Berner Wirkungskreis § 7, Köstlin System § 53) führen nur Schriftsteller aus diesem Jahrhundert oder aus den letzten Jahren des vorigen an, auch bei Kappler (Liter. des Crimrs. S. 287) ist die älteste über unser Thema angeführte Schrift Stockmann de vi legum priorum in posterius Leipzig 1803.

Sehr erklärlich daß man in früheren Jahrhunderten, wo die Gesetzgebung in Deutschland wenig thätig war, die Frage nicht gar eifrig discutirte. Auch Nichtdeutsche Romanisten fanden sich nur selten veranlasst ausführlich auf dieselbe einzugehn. Connanus (Comment. jur. civ. l. I c. 9) beweist wider Bartolus die rückwirkende Kraft schärfender Strafgesetze aus den Römischen Quellen, »in delictis nondum vindicatis novus poenae cumulus accedit.« Dem tritt dann wieder Lyncker entgegen in einer Dissertation: de vi legis in praeteritum (C. H. Mühlpfort, praes. Lyncker vom Jahr 1681, 3te Ausg. Jena 1751):

> Si lege aut statuto actus quidam indifferens redditur moralis, vel super moralitate factae ordinationi poenae genus adjicitur, ad praeteritos casus neutra species legis valet.

Die Ausführungen sind nicht viel mehr werth als der Lateinische Ausdruck. Als Meinungsgenossen führt Lyncker den Mascardus

§ 16. und Panormitanus an. Eine andere Dissertation von Henne, De legibus ad praeteritum trahendis (E. C. Zinckernagel pr. Henne, Erford. 1737) stellt in § 9 die Regel auf: leges regulariter futuris formam solum praescribere negotiis; § 10 wird ausgeführt der Princeps könne ex justis causis dem Gesetz rückwirkende Kraft verleihen. Die Fälle, wo der Princeps dies thun dürfe, und dann ferner die Fälle, wo die Rückwirkung ohne daß der Princeps etwas zu sagen brauche sich von selbst verstehe, werden einzeln durchgegangen. Des mildernden Strafgesetzes wird hiebei nicht gedacht, und doch handelt Henne auch vom Strafrecht, und entwickelt § 13 wie das härtere Strafgesetz nicht zurückzubeziehn sei. Eine Dissertation von F. Seipp De vi legis in praeteritum justa (gedruckt Göttingen 1748) enthält nichts für unsere Frage.

Die meisten älteren Lehrbücher handeln von der zeitlichen Geltung der Strafgesetze gar nicht, so Böhmer, Koch, beide Meister. Engau sagt in § 86:

> notes etiam quod si variae leges provinciae, in qua crimen commissum est, varias poenas dictitent, ea attendi debeat, quae tempore delicti fuit constituta.

Im wesentlichen stimmt hiemit überein Quistorps „Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen“ (Rostock und Leipzig 1782), der denn freilich eine schwer zu vertheidigende Ausnahme zuläßt,

> § 3 . . . . nie auf vorgehende Verbrechen und nicht einmal auf diejenigen, die zur Zeit der Bekanntmachung noch nicht in Untersuchung gezogen, wenigstens noch nicht entschieden waren, einige Beziehung haben, sondern in solchen Fällen lediglich nach den vorhergehenden Gesetzen geurtheilt werden. — War daher nach diesen die in dem neuen Gesetz verbotene Handlung kein eigentliches Verbrechen, so mag auch der-

jenige, der vor dem bekannt gewordenen Gesetz dieselbe unternommen hatte, nur sodann nach richterlichem Ermessen bestrafet werden, wenn er damals schon von dem im Werk gewesenen Gesetz Wissenschaft gehabt, und aus bloßem Muthwillen die nachher für ein Verbrechen erklärte Handlung verübt haben sollte. § 16.

Uebereinstimmend lauten ältere Ausgaben von Quistorps „Grundsätzen des Deutschen peinlichen Rechts", die bis zur vierten (v. J. 1789) so wenig wie der genannte Entwurf die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes anerkennen. Die fünfte Ausgabe der Grundsätze, vom Jahr 94, also nach der Bekanntmachung des Preussischen Landrechts erschienen, hat zum § 5 eine Note erhalten:

> Mildere Gesetze pflegen jedoch auch der Vergangenheit Vortheile zu bringen, wenn gleich ein Verbrechen zwar schon der Untersuchung unterworfen gewesen, inzwischen die Strafe noch nicht erkannt sein sollte.

Aehnliches hatte schon ein Jahr früher Stelzer (Lehrbuch des Deutschen Criminalrechts Halle 1793) angenommen, auf den sich auch Quistorp bezieht. Ausführlicher verbreitet sich darüber Klein (Grundsätze des gemeinen Deutschen peinlichen Rechts, Halle 1796). Seit der Zeit aber ist der Satz, daß dem mildernden Strafgesetz irgend welche rückwirkende Kraft innewohne, fast von allen Deutschen Criminalisten angenommen worden. So wenig man über die Begründung und Begrenzung des Satzes sich zu einigen vermocht hat, so ist doch anzuerkennen daß der Satz selber in dieser unbestimmten Fassung seither einen beachtenswerthen Gegner nicht gefunden hat.

Die Publication des Preussischen Landrechts also scheint als das Moment betrachtet werden zu müssen, das Gesetzgebung und Doctrin bestimmt hat, die zuvor ignorirte eigenthümliche Kraft des

§ 16. milderen Gesetzes anzuerkennen. Es liegt nahe zu fragen wie das Landrecht selber zu den betreffenden Bestimmungen gekommen sei. Aus den ungedruckten Materialien zum Landrecht, deren Einsicht mir gestattet worden, ergiebt sich nicht allzuviel. Vorhanden sind ältere Entwürfe eines Criminal-Gesetz-Buches, die, wie der Sammler der Materialien, Simon, annimmt, herrühren von dem damaligen Kammergerichtsrath Goßler. Die Einleitung zum ältesten bestimmt in § 5, das Gesetz solle gelten vom 1sten — 1784 an, in Ansehung a) des Verfahrens ohne Unterschied, aber b) „bei Bestimmung der Strafe nur wenn das Verbrechen erst nach dem 1sten — 1784 begangen worden oder wenn in Ansehung eines schon vorher vollbrachten Verbrechens nach den bisherigen Criminalgesetzen eine härtere Strafe festgesetzt wäre.“ Der Verfasser hat den Entwurf, besonders den der Einleitung mehrfach überarbeitet; in diesen späteren Entwürfen fehlt die angezogene Bestimmung. Ebenso in dem gedruckten Entwurfe, der ähnliches weder in der allgemeinen Einleitung (v. J. 1784) noch in dem einleitenden Paragraphen des 8ten Titels der IIten Abtheilung, das Strafrecht betreffend (v. J. 1784), enthält.

Einleit. des gedr. Entws. § 19: Jedes neue Gesetz gilt nur auf Handlungen und Fälle, die sich nach seiner Publication ereignen.

§ 20. Nur der Landesherr kann .... ein neues Gesetz zurückerstrecken.

§ 21. (Allgemeine Geltung nur erklärender Verordnungen.) In den ungedruckten späteren Ueberarbeitungen des Entwurfs und in dem Concept zum allgemeinen Landrecht findet sich dann der Goßlersche Satz, nicht bei dem Strafrecht sondern in der Haupteinleitung, wesentlich wie er in das publicirte Gesetz übergegangen und oben abgedruckt ist, doch in der Fassung wechselnd. Ueber die Motive, durch welche die Redactoren des Landrechts zur Aufnahme

Auslassung und Wiederaufnahme bestimmt sind, habe ich nichts § 16.
gefunden.

Es dürfte nicht ohne Interesse sein die von Klein in den „Grundsätzen" vertretenen Ansichten hier zu vergleichen, die vermuthlich auch von den andern Redactoren getheilt wurden:

§ 51. Insofern die Gesetze eine bloße Anweisung für den Richter enthalten, müssen sie in der Regel auf alle nach deren Bekanntmachung vorkommende Fälle angewendet werden. So weit sie aber die Rechte der von dem Richter zu beurtheilenden Personen betreffen, muss auch darauf Rücksicht genommen werden, inwiefern diese durch das Gesetz verpflichtet sind oder verpflichtet werden konnten.

§ 54. Da natürlich strafbare Handlungen durch Unwissenheit der positiven Gesetze nicht entschuldigt werden können, so kommt diese Entschuldigung den Unwissenden nur in Ansehung der ungewöhnlichen Strenge der auf eine solche Handlung gesetzten Strafe zu statten. Blos positive Strafen dürfen auf den, welcher sie nicht wusste, blos angewendet werden, insofern sie als Strafen der vernachlässigten Kenntnis zu betrachten sind.

§ 55. Weil das positive Gesetz als solches erst von der Zeit seiner Bekanntmachung an gelten kann, so können positive Strafgesetze als solche nur auf die darauf folgenden Handlungen angewendet werden.

§ 56. Sobald der Staat die härtere Strafe durch Bestimmung einer gelinderen für überflüssig erklärt, muss der Richter diese Anweisung (§ 51) befolgen, und sie also auch auf vergangene Fälle anwenden. Doch folgt aus diesem Grundsatz nicht daß Strafen, deren Vollziehung schon angefangen war bei abgeänderten Gesetzen von neuem untersucht werden müssten, um eine gelindere Strafe zu bewirken. Denn die härtere

§ 16. Strafe war verwirkt und der Richter befolgte, als er in der Sache erkannte, die ihm ertheilte Anweisung.

> Hiezu eine Anmerkung die auf § 18 der Einl. des Preuss. A. L. R. überhaupt auf das Preussische Recht bezug nimmt und schliesst: „doch ist eine noch größere Ausdehnung dieser Milde preiswürdig."

§ 57. Wenn das spätere Gesetz verordnet daß auch das härtere Strafgesetz auf vorhergehende Fälle angewendet werden soll, so kann doch ausser dem Falle eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots der Umstand, daß der Verbrecher das Verbrechen wegen der vorhergehenden gelinderen Strafe für weniger strafbar gehalten hat, zum Grunde dienen, bei ihm einen geringeren Grad des bösen Vorsatzes als bei andern, welchen die Strenge des Gesetzes bekannt war, vorauszusetzen.

Die inneren Gründe, welche für die rückwirkende Kraft des milderen Gesetzes angeführt werden, haben wir noch zu prüfen. Einige sind der Art, daß nicht viel darauf zu erwidern ist. Stelzer meint, es sei dies „ein von der Menschenliebe erfundener Rechtssatz", Bielitz er verstehe sich eigentlich von selber, da das Naturrecht stets die gelindere Bestrafung erheische. Wenig besser ist Köstlins Begründung im § 24 seines Systems:

> so gewis der Verbrecher selbst sich nicht beklagen könnte wenn das übertretene (ältere strenge) Gesetz noch jetzt auf ihn angewandt würde, so gewis würde der Staat ein Unrecht gegen sich selbst begehen, wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz oder relativ nicht mehr als solches erkennt.

Dieselben Worte sind auch in der „Neuen Revision" desselben Verfassers S. 752 zu lesen. Der Staat „will ein Recht wiederherstellen." Welcherlei Recht? ein objectives, eine Rechtsnorm? oder ein subjectives ihm zuständiges Recht? Nehmen wir an daß Köstlin an jenes gedacht habe, so ist seine Behauptung rein

willkürlich. Ist das ein Wiederherstellen älterer Satzungen, wenn der Richter sie anwendet auf Fälle die unter Herrschaft dieser Satzungen sich zugetragen haben? Und wäre dies ein „Wiederherstellen", kein Zweifel darüber daß der Richter tausendfältig zu solchem Wiederherstellen verpflichtet ist. Auf diese Argumentation wäre die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes nur zu stützen, wenn man gleiche Kraft auch den härteren Strafgesetzen und allen Civilgesetzen zuschreiben wollte. — Also hat Köstlin wol an die Wiederherstellung subjectives Rechts, der Befugnis des Staats zur Bestrafung gedacht. Wenn dies, so müssen wir zunächst bestreiten daß hier um ein solches Recht es sich handle. Der Staat hat nicht sowol das Recht als die Pflicht zu strafen. Aber geben wir auch hierin nach, nennen wir dies ein Recht, so ist Köstlins Ausführung nichts als petitio principii, was zu beweisen war, daß der Staat dies Recht nicht mehr habe, wird einfach behauptet, er habe es nicht mehr, habe es aufgegeben. Was beweist uns daß er es aufgegeben? — Der Staat hat Rechte auf ausgeschriebene Steuern, 5% Einkommensteuer fordert er bis zum letzten December 1850. Für das Jahr 1851 schreibt er nur 4% Steuern aus. Ist damit gesagt daß etwaige Steuerreste aus dem Jahr 50 nicht mehr eingetrieben werden sollen, insofern sie den Satz von vier Procenten übersteigen? — Gerade darauf kam es an, zu beweisen daß mit der Aufstellung des neueren milderen Gesetzes auch der Erlass der früher verwirkten Strafen, soweit sie das neue Gesetz überschreiten, ausgesprochen werde, und eben dieses zu beweisende macht Köstlin zur Grundlage seines Beweises. §16.

Mit vielen andern haben wir gar nicht zu streiten; mit allen denen nicht, die von anderen strafrechtlichen Grundanschauungen ausgehn als wir. Denn nur das behaupte ich, daß die angebliche Kraft des milderen Gesetzes aus der absoluten Straftheorie nicht herzuleiten sei, nicht daß überhaupt keine Theorie sich erdenken

§ 16. lasse, die mit dieser Rückwirkung sich vertrage. So steift sich Weber auf Senecas Ausspruch: nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Von hieraus ist was er beweisen will zu beweisen. Aber traurig wäre es wenn dieser Römischen »prudentia« der Ausbau des Deutschen Strafrechts überlassen bliebe. Mit Zachariae stimme ich soweit überein. Er erkennt (a. a. O. S. 31) ausdrücklich an, daß der Satz „keineswegs als Eigenthum der Gerechtigkeitstheorie vindicirt werden könne.“ Er sagt weiter:

> daß es hiernach dazu kommen kann, daß von zwei Menschen, welche zu verschiedenen Zeiten dieselbe Handlung begingen, der eine, welcher vor dem neuen Gesetz handelte, bestraft wird, während der andere straflos bleibt, daß also noch Handlungen bestraft werden müssen, die zufolge des neuen Gesetzes nicht mehr als strafbar betrachtet werden können, und daß Strafübel einer gewissen Art, weil sie einmal verwirkt sind, und die Bestrafung keinen Zweck hat, selbst wenn die neue Gesetzgebung sie ausschliesst, doch noch vollstreckt werden müssen, alles dieses sind freilich Folgerungen, die dem natürlichen Verstande nicht einleuchten wollen, die aber doch bei consequenter Durchführung des Princips als richtig anerkannt werden müssen, da das was einmal Recht war, nicht rückwärts zum Unrecht gemacht werden kann.

Zachariae scheint dem „natürlichen Verstande“ gar zu wenig zuzutrauen, wenn er glaubt, dieser vermöge das nicht zu fassen, daß übrigens gleiche Handlungen, weil sie zu verschiedenen Zeiten begangen worden sind, rechtlich verschieden behandelt werden. Aber ist das vielleicht einleuchtender, daß wenn zwei genau zu gleicher Zeit dasselbe gefehlt haben, A gestraft und B nicht gestraft wird? Etwa darum weil A seine Schuld zu sühnen freiwillig sich gestellt und gestanden hat, B in fortdauernder Widersetzlichkeit wider den Staat jede Verfolgung bisher zu vereiteln gewusst hat? Auf den Fall daß

nicht eines bestimmten Verbrechens Strafe von dem neuen Recht § 16.
gemildert, sondern überhaupt Strafen gewisser Art abgeschafft werden, wollen wir nachher genauer eingehn. Hier noch die Bemerkung, daß wenn Zachariae in der citirten Stelle und sonst der absoluten Straftheorie einen Vorwurf daraus machen will, daß bei ihr die Bestrafung „keinen Zweck habe", dieser Vorwurf leicht abzuweisen ist. Die Bestrafung gilt uns als zwecklos insofern sie keinem äussern Zweck zu dienen hat, die Strafe selber ist Zweck, und sie ist dies darum, weil sie dem Göttlichen Willen entspricht. Wie der Einzelne tausendfältig handelt, oder handeln sollte, nicht um dies oder jenes zu erreichen, sondern um mit der Handlung eben die Gebote der Sittlichkeit zu erfüllen, ebenso sind dem Staat, weil er handlungsfähig ist, von Gott Pflichten geordnet, die zu erfüllen ihn kein äusserer Grund treiben darf. Mag man sagen daß die diesen Pflichten entsprechenden Handlungen zwecklose seien, die Nothwendigkeit derartig zweckloser Handlungen dürfte auch Zachariae kaum bestreiten mögen.

Gegen die Begründung des Streitsatzes, die Zachariae unternimmt ist keine weitere Ausführung erforderlich, da sie davon ausgeht, daß die Strafen das Mittel seien den Rechtszustand zu sichern und zu erhalten, »ut supplicium alios omnes faciat salvos«, d. h. also wieder daß gestraft werde nicht quia peccatum est sondern ne peccetur. Doch ist anzuführen daß auch auf dieser Grundlage der Beweis des Satzes nicht mit einem Zuge zu gewinnen ist, sondern erst (a. a. O. § 9—11) nur bewiesen wird, was auch ich nicht bestreite, daß das mildere Gesetz zurückwirken könne, nachher (§ 23, 24) daß es zurückwirken müsse. Im einzelnen sind übrigens die Argumente Zachariaes von denen anderer, die auf anderen Boden sich stellen, nicht so gar verschieden, und finden insofern hier ihre Widerlegung in dem was eben gegen die andern zu erinnern ist.

§16. Als meinen Hauptgegner habe ich Abegg anzusehn, einmal wegen des Scharfsinnes und Fleisses, den er auf diese Frage verwandt hat (Ueber das Verhältnis neuer Gesetze zu den früher vorgenommenen Handlungen, Neues Arch. B. 13), sodann weil er von Grundlagen ausgeht, die nicht erheblich von den meinigen sich unterscheiden (man vergleiche a. a. O. S. 476). Für Abegg ist der Gedanke entscheidend. Wenn der Staat ein neues milderes Gesetz erlässt, muss er einen Grund hiezu haben. Der Grund ist nicht Willkür, sondern daß der Staat „die Nothwendigkeit und das Zeitgemäße" der neuen Verordnung erkannt hat. Wie kann man vernünftiger Weise den Richter anhalten wollen gegen das Zeitgemäße, dem die Herrschaft über die Gegenwart und Zukunft eingeräumt ist, noch nach altem nicht mehr zeitgemäßem Recht zu erkennen? Hier liegt denn freilich der Einwand nahe, den Abegg auch (in Note 17 a. a. O.) berücksichtigt: diese Deduction passe auf das neue zeitgemäße strengere Strafgesetz ganz ebenso wie auf das mildernde. Dagegen replicirt Abegg: wird die Strafe des mildern neuen Gesetzes erkannt, so kommt hiemit eine auch nach dem alten Gesetz gerechte Strafe zur Anwendung, weil in dem plus des alten Gesetzes das minus des neueren enthalten ist; die neuere härtere Strafe aber steht allemal mit dem älteren Gesetz im Widerspruch, darum ist diese unzulässig, die mildere zulässig. Diese Replik wäre nur durchschlagend wenn bei einem Wechsel der Strafgesetze die im entsprechenden Falle zu erkennende Strafe stets beiden dem älteren und dem neueren Rechte angemessen sein müsste. Dies ist nicht von Abegg, meines Wissens überhaupt von niemand behauptet worden, und daß die Behauptung unzulässig wäre liegt zu Tage, wenn man an die Möglichkeit denkt, daß das neue Gesetz als straflos bezeichnet was das andre mit Strafe bedroht.

Also besteht der Einwand gegen Abeggs Ausführung trotz der Replik. Vielleicht aber bedarf es gar keines Einwandes, die

Ausführung ist an sich nichtsbeweisend. Freilich ist sie von vielen angenommen. Auch Wächter (Handb. d. Sächs. Strafrs. § 22) scheint vorzüglich durch ähnliche Erwägungen bestimmt zu werden: § 16.

> Der Gesetzgeber würde mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn er noch eine Strafe anwenden wollte, die er jetzt für eine ungerechte hält.... wenn er eine Schuld, welcher das alte Recht eine höhere Strafbarkeit beilegte, zu einer Zeit, in welcher er sich überzeugt hatte, daß sie diese höhere Strafe nicht verdient, doch noch gegen seine Ueberzeugung mit einer höhern Strafe bestrafen wollte.

Aehnlich Berner (Wirkungskreis § 7):

> Denn hat der Staat durch ein neueres Gesetz seine Ueberzeugung einmal dahin ausgesprochen, daß gewisse Handlungen gar nicht oder doch in geringerem Grade strafbar seien, so kann er unmöglich, wenn er nicht gegen seine eigene bessere Ueberzeugung anstoßen will, noch länger die Anwendung der früheren Strafbestimmungen dulden.

Die Rückwirkung des härteren Strafgesetzes wird dabei durch die Bemerkung ausgeschlossen:

> Es stände schlecht um die bürgerliche Freiheit wenn die Handlungen des Bürgers nachträglich für Verbrechen erklärt werden könnten, während sie zur Zeit ihrer Begehung für erlaubt galten.

Und Wächter will von der Rückwirkung auch nur da wissen, „wo ein Recht des Handelnden durch Anwendung der neuen Norm auf seine früheren Handlungen offenbar nicht verletzt werde.“

Die letztangezogene Behauptung Berners steht im innigen Zusammenhange mit seinem Grundgedanken (a. a. O. § 1), daß die „Strafgesetzgebung beständig zwei Interessen zu vermitteln und mit einander auszugleichen“ habe, „das öffentliche Interesse, das durch die Strafthätigkeit geschützt, und das Privatinteresse des-

§ 16. jenigen, gegen den das Strafgesetz angewendet werden soll." In der That aber besteht ein solcher der Vermittelung bedürftiger Gegensatz dieser Interessen gar nicht. Der Staat hat nie ein Interesse schwerer zu strafen als im Verhältnis zur Schuld des Verbrechers, und dieser, der Verbrecher kann kein sittliches oder von Staatswegen anzuerkennendes Interesse daran haben unter seiner Schuld gestraft zu werden. Nicht die Freiheit, überhaupt kein Recht oder Interesse des einzelnen schliesst die Rückwirkung des härteren Strafgesetzes aus, sondern diese unterbleibt einfach darum, weil kein Staatsinteresse sie gebietet. Daß es im Interesse des Staats liege, richtiger daß es Staatspflicht sei das mildere Strafgesetz zurückwirken zu lassen, behaupten die Gegner. Sehn wir ab davon daß ihre Gründe auch die Rückwirkung des härteren Strafgesetzes mitrechtfertigen, und die Gegengründe, welche speciell hierwider sich richten sollen, unhaltbar sind; ihre Argumentation ist irrig, nichtig in sich.

Wenn der Staat ein neues Strafgesetz an Stelle des alten setzt, erklärt er hiermit das neue für absolut besser, vorzüglicher als das alte? Das behaupten und darauf vornehmlich bauen Abegg, Wächter, Berner und andere. Gerade dies ist falsch. Der Staat darf und kann nicht eins seiner Gesetze für besser erklären als das andre. Durchdrungen davon daß er, im Besitz nur menschlicher Kräfte, stets irren kann, gerade auch bei dieser Erklärung, daß das neue Gesetz dem ältern vorzüglicher, irren könnte, muss er all seine Gesetze für gleich vollkommene ausgeben, allen gleiche formelle Unfehlbarkeit zuschreiben; ähnlich wie die Erkenntnisse im Civilprocess gerade darum besonderes Schutzes bedürfen, weil sie vielleicht mit dem materiellen Rechte nicht im Einklang stehn (Meine Proc. Consumpt. § 1). Jedes Staatsgesetz ist der Ausdruck des gegenwärtigen Staatswillens. Der Staat hat keinen Richter über sich auf Erden, und kann auch über sich selber nicht zu Gericht

sitzen. Indem der Staat das Gesetz fortbestehn lässt bis zu einem § 16.
gewissen Termin, erklärt er das Fortbestehn bis dahin für angemessen, wollte er dies nicht so müsste er schon früher das Gesetz aufheben. Hebt er es auf, so erklärt er daß ihm dasselbe für die Zukunft nicht mehr angemessen erscheine, aber daß es von dem Augenblicke der Aufhebung schon unangemessen gewesen, erklärt er auch jetzt nicht. Der Staat kann nicht sagen daß er selber zu besserer Erkenntnis gekommen, denn dieses zu prüfen fehlt ihm der zuverlässige Maßstab; die Verhältnisse haben sich geändert, was den früheren entsprach würde den jetzigen nicht mehr entsprechen, so wenig wie die neu erlassenen Verordnungen den früheren Verhältnissen entsprochen haben würden.

So und nicht anders, meine ich, sei der Erlass neuer Gesetze überhaupt, und insbesondere der neuer Strafgesetze aufzufassen. Erkennt man dies an, so fallen die Ausführungen von Abegg, Berner, Wächter in sich zusammen, es fehlt an jedem Grunde der rückwirkenden Kraft bei mildernden Gesetzen, so gut wie bei verschärfenden. Es bedarf also auch nicht des Gegengrundes daß die gedachten Ausführungen für das härtere neue Gesetz ebensoviel beweisen würden wie für das gelindere. Dennoch können wir die Sache noch nicht für erledigt halten. Eine andere Betrachtung scheint auch nicht ohne Einfluss auf viele derer, die uns gegenüberstehn, geblieben zu sein. Man sagt: wenn eine gewisse Strafart vom neuen Gesetze aufgehoben werde, so könne diese nach Erlass des neuen Gesetzes sicher nie mehr zur Anwendung kommen, auf ältere so wenig wie auf neuere Fälle; was sei aber die Verordnung eines neuen milderen Strafgesetzes anderes, als Aufhebung der älteren schwereren Strafarten für ein gewisses Feld? Die Folgerung ist nicht ohne Schein, doch nicht richtig. Zunächst ist das keineswegs ausnahmslos zuzugeben, daß bei allgemeiner Aufhebung einer Strafart auch auf ältere Fälle, die nach dem Erlass des neuen

§ 16. Gesetzes zur Entscheidung kommen, jene Strafart nicht mehr angewendet werden dürfe. Ich will zugeben daß dieses gewöhnlich der Fall sein wird; es kann aber auch geschehn daß von der für die Zukunft bestätigten Strafart doch noch einiger Gebrauch zu machen ist. Man denke daran, daß die ältere Strafart durch eine neue härtere ersetzt werde. Hier muss man sich für die Rückwirkung des verschärfenden Gesetzes oder aber dafür entscheiden, daß die aufgehobene Strafart doch nur für die neuen nicht auch für die unter dem älteren Rechte verübten Fälle aufgehoben sei. Für dieses hat sich gewis mit Recht auch das Württembergische Obertribunal in einem ähnlichen Falle (in Temmes Archiv I. N. 18) entschieden. Doch leugne ich, wie gesagt, nicht daß es durchgreifende auf die Beseitigung gewisser Strafarten gerichtete Gesetze geben kann; viele Staaten haben die qualificirten Todesstrafen vollständig aufgehoben, ein Staat könnte verordnen daß Geldstrafen nie mehr vollstreckt werden sollten. Der Grund aber dieser durchgreifenden Wirkung wäre alsdann nicht darin zu suchen, daß das Gesetz überhaupt ein gewisse Strafarten beseitigendes ist, sondern nur in dem Willen des Gesetzgebers, diesem bestimmten Gesetze durchgreifende Wirkung zu geben. Mag man also alle mildernden Strafgesetze als bestimmte Strafarten für ein gewisses Gebiet abrogirende Gesetze bezeichnen, so folgt hieraus nichts für die rückwirkende Kraft derselben, sondern es wäre diese nur anzunehmen, wenn ein auf dieselbe gerichteter specieller gesetzgeberischer Wille nachgewiesen werden könnte.

Bei den letzten Ausführungen habe ich, wie schon früher beiläufig, eingeräumt daß dem mildernden Gesetz die behauptete rückwirkende Kraft beigelegt werden kann. Vielleicht bahne ich eine Ausgleichung mit meinen Gegnern an, wenn ich dem gegenüberstelle, daß auch nach meiner Ansicht dem verschärfenden Strafgesetz diese Kraft rechtlich nie beizulegen ist. Der Streit

dreht sich dann nur darum, ob die rückwirkende Kraft dem mil- §16.
deren Gesetz nur kraft besonderer Verleihung, oder aus seiner Natur zukomme.

Zwischen der Möglichkeit einem mildernden und der einem verschärfenden Gesetz Rückwirkung rechtlich zuzusprechen, unterscheide ich aus folgenden Gründen. Der Staat hat in sein Strafrecht die Befugnis für sich mit aufgenommen, aus beliebigen Gründen von der rechtlich normirten Strafe abzugehn, und dem Verbrecher statt jener gelindere oder gar keine Strafe aufzuerlegen. Dies Begnadigungsrecht ist in das Strafrecht all der Staaten, auf die wir zu sehn haben, unlösbar verwoben. Ein ähnliches Verschärfungsrecht hat als Recht der Staat sich nicht vorbehalten. Von der ursprünglichen Strafgewalt kann der Staat Gebrauch machen auf beiden Seiten des Rechts, zu härterer und zu gelinderer Bestrafung. Aber zu dieser ursprünglichen unrechtlichen oder vielmehr überrechtlichen Strafgewalt greift der Staat, der ein Strafrecht aufgestellt hat, nur im letzten Nothfall zurück; und wir mögen hier ganz davon absehn. In das Strafrecht aber ist nur die Berechtigung zu der dem gemeinen Rechte widersprechenden Strafmilderung, nicht auch zur Straferhöhung seitens des Staates aufgenommen. Nur auf das rechtlich mögliche sehn wir jetzt. Rechtlich möglich ist es, eben durch das Begnadigungsrecht, den Verbrecher unter seiner Schuld, rechtlich unmöglich ihn über die Schuld zu strafen. Rechtlich möglich also auch wissentlich einen falschen Maßstab auf die Schuld anzuwenden, wenn man sogleich weiß daß hiedurch die Schuld kleiner und nicht größer erscheinen wird. Die Anwendung des milderen Gesetzes auf frühere Fälle erscheint als dieser Gebrauch eines falschen stets zur Annahme kleinerer Schuld führenden Maßstabes; die gleiche Anwendung des härteren Gesetzes müsste zur Annahme größerer Strafbarkeit führen, und ist darum rechtlich unmöglich.

§ 16. Das Resultat also: dem milderen Strafgesetz kommt an sich kein Einfluss zu auf Fälle, die unter der Herrschaft eines strengeren Strafgesetzes sich zugetragen haben; der Staat ist auch nicht verpflichtet jedem mildernden Strafgesetz solchen Einfluss durch ausdrückliche Verordnung beizulegen, so wenig wie er verpflichtet ist in allen möglichen Fällen von seinem Begnadigungsrecht Gebrauch zu machen; der Staat kann aber dem milderen Gesetz rückwirkende Kraft beilegen, und thut er dies, so ist die betreffende Verordnung als Begnadigung derer, die noch nach dem früheren Gesetz zu behandeln wären, zu der milderen Strafe (oder Nichtstrafe) des neueren Gesetzes anzusehn; der Staat kann nicht in gleicher Weise auch dem verschärfenden Gesetz Rückwirkung geben, weil er keine rechtliche Macht hat die Strafbarkeit derer zu erhöhen deren Schuld aus dem früheren Gesetz sich bestimmt.

Mit diesen Behauptungen, ausgenommen die letzte, trete ich der großen Mehrzahl der gegenwärtigen Strafrechtslehrer entgegen. Im Einklang aber stehe ich mit unserer Strafgesetzgebung. Seit Aufhebung des § 18 der Einleitung zum Preussischen A. L. R. enthält kein Deutsches Strafgesetzbuch eine Vorschrift, wonach jeglichem mildernden Strafgesetz rückwirkende Kraft zukäme. Auch daß die Strafgesetzbücher eine solche nicht stillschweigend voraussetzen liegt zu Tage, da in sämmtlichen Publicationspatenten man die Rückwirkung ausdrücklich anzuordnen für unerlässlich gehalten hat. Möglich daß man über die Natur dieser Verordnungen, darüber daß sie Ausflüsse des Begnadigungsrechtes sind, nicht immer ganz klar gesehn hat. Praktisch ist dies von geringer Wichtigkeit. Diese Verordnungen sind leges speciales, und da keine mit ihnen harmonirende allgemeine Vorschrift in den Gesetzbüchern zu finden ist, als jus singulare zu betrachten, also zweifellos nicht anders auszulegen und zu benutzen als die Ausflüsse des Begnadigungsrechtes. Für die entsprechende Auslegung des betreffenden Artikels IX

des Kundmachungspatents zum Oesterreichischen Strafgesetzbuch §16.
von 1852 hat sich auch der Cassationshof zu Wien in dem bei Temme B. I. N. 16 mitgetheilten Erkenntnisse entschieden.

Die praktischen Differenzen meiner Ansicht und der communis opinio der Rechtslehrer aber sind nicht unerheblich. Was umfassende Strafgesetzgebungen anlangt, so ist es freilich wol wahrscheinlich daß dieselben in den nächsten Zeiten wie bisher gewöhnlich durch besondere Gesetze eingeführt werden, welche unsere Frage ausdrücklich entscheiden. Ich kann zugeben daß wahrscheinlich diese den neuen milderen Bestimmungen, denen sie Gesetzeskraft zusprechen, eine gewisse Rückwirkung beilegen werden, und habe von meinem Standpunkte aus dagegen, daß dies geschieht, so wenig wie gegen irgend eine andere Ausübung des Begnadigungsrechtes zu erinnern. Nur politische Rücksichten haben über die Angemessenheit und über den Umfang der etwaigen Rückwirkung zu entscheiden, ob sie auch auf schon rechtskräftig abgeurtheilte Fälle zu erstrecken, oder auf noch gar nicht anhängig gewordene Sachen, oder sonst wie zu beschränken sei. Hinsichts der Interpretation dieser Einführungsgesetze aber dürfte meine Auffassung von der gemeinen Meinung abgehn. Von größerer praktischer Wichtigkeit noch ist unsere Differenz für die einzelnen Strafgesetze, die zu den verschiedenen Strafgesetzbüchern hinzutreten, und häufig wie z. B. die Preussischen Gesetze vom 9ten März 1853 und vom 14ten April 1856 bedeutende Milderungen enthalten. Die communis opinio muss consequent auch diesen Einzelgesetzen rückwirkende Kraft zuschreiben, über deren Umfang sie aber uneinig ist, wogegen nach meiner Theorie und nach den Bestimmungen der geltenden Gesetze ihnen diese Kraft nicht zukommt.

Einige specielle Streitfragen, die von den Gegnern öfter behandelt worden, scheinen sich für uns von selbst zu entledigen. So die nach der Berücksichtigung eines gelinderen Strafgesetzes, das

§16. nach der That erlassen, vor der Bestrafung aber wiederaufgehoben ist, ferner nach der Zulässigkeit einer Combination des älteren und des neueren Gesetzes, und nach der Behandlung des Rückfalls. Dagegen müssen wir die Bedeutung der Frage, welches Gesetz als das mildere zu betrachten sei, für die Gesetze und Gesetzbücher, denen rückwirkende Kraft ausdrücklich ertheilt ist, anerkennen. Es scheint aber als ob diese Frage ohne eine Berücksichtigung von Details, die uns zu weit führen würden, sich nicht erledigen lasse. Ebenso verzichte ich auf die Begrenzung der zeitlichen Geltung der Strafproceßgesetze näher einzugehn, und verschiebe, was über die Berechnung der Verjährung bei wechselnden Gesetzen zu sagen ist bis dahin, wo überhaupt von diesem Ausschliessungsgrunde der Strafe zu handeln ist.

Zweites Buch.

Vom innern Thatbestande des Verbrechens.

Vom innern Thatbestande des Verbrechens.

A. Theorie der Zurechnungslehre.

§ 17.

Thatbestand des Verbrechens — Arten des Thatbestands.

Was Strafrecht sei, wie und wo es Geltung habe, davon § 17.
handelte das erste Buch. Von der Betrachtung des Ganzen ist auf die der einzelnen Theile überzugehen. Wir haben die Folgerungen zu entwickeln aus den Sätzen, die wir als Grundlage des heutigen Deutschen Strafrechts angenommen haben, und mit ihnen die Regeln des geltenden Rechts zu vergleichen. Nur so ist die Behauptung zu rechtfertigen, daß unser gegenwärtiges Recht auf einer absoluten Theorie wie wir sie gezeichnet haben beruhe. Um dem Misverständnis vorzubeugen, mögen die Grundsätze dieser Theorie vor der Vergleichung nochmals zusammengestellt werden.

Der Staat ist eine von Gott gewollte, also nothwendige Verbindung der Menschen. Von andern ähnlichen Gemeinschaften unterscheidet ihn die unbeschränkte Handlungsfähigkeit, die ihm zusteht. Nur wenn die Gemeinschaft so fest gegliedert ist, daß sie als Einheit zu handeln vermag, hat sie Anspruch auf den Namen

§ 17. Staat, und auch nur dann, wenn das Handlungsvermögen durch keine ausser und über dem Staate stehende irdische Macht gebunden wird; in diesem Sinne ist die „unbeschränkte Handlungsfähigkeit" zu verstehen. Wie die Existenz, so ist auch die Kraft zum Handeln dem Staate von Gott gegeben, und mit der verliehenen Kraft ist ihm dieselbe zu gebrauchen auferlegt.

Sünde zieht Göttliche Strafe nach sich, ein Theil der sündhaften Handlungen ausserdem Bestrafung von Staatswegen. Die von Gott ihm überlassenen Kräfte darf der Staat nur nach Gottes Gebot gebrauchen; also müssen wir ein Göttliches Gebot annehmen, das dem Staat zu strafen befiehlt, wollen wir anders die staatliche Strafübung nicht als nie zu rechtfertigende Willkürlichkeit fallen lassen. Schon hieraus folgt, daß der Staat nur das dem Göttlichen Willen widerstrebende, das sündhafte strafen kann; ein Göttliches Gebot, das zu strafen beföhle was den andern Geboten Gottes entspricht, ist undenkbar. Ebenso gewis ist, daß der Staat nicht alles sündhafte zu strafen hat. Wo läuft die Grenze?

Man hat gesagt, daß hinsichts derjenigen sündhaften Handlungen die Strafgewalt dem Staate von Gott übertragen sei, welche zugleich die irdischen äusseren Verhältnisse berührten. Darin sind richtige Elemente enthalten, doch ist diese Antwort nicht völlig zutreffend. Handlungen, welche gegen die Pflichten der Liebe der Pietät der Freundschaft verstoßen, können nach Umständen auch auf die äusseren Verhältnisse einwirken, wogegen die äusseren Wirkungen von Beleidigungen und Verleumdungen, ja auch von Sodomie und Incest vielfach ganz unerheblich sind; und doch meinen wir, daß diese vom Staate zu strafen seien, und jene nicht. Auch könnte das Gesagte zu der Annahme verführen, ein Theil der Göttlichen Strafgewalt, der auf diese in das Aeussere wirkenden Sünden bezügliche, sei von Gott auf den Staat übergegangen; dann müsste durch die Bestrafung seitens des Staats ent-

sprechend auch die Sündenschuld gebüßt werden, was niemand § 17.
wird behaupten mögen.

Nach unserer Auffassung soll der Staat diejenigen sündhaften Handlungen bestrafen, die von Unterthanen ausgehend seinen eigenen Staatszwecken zuwiderlaufen und eine Auflehnung gegen seine Oberherrlichkeit in sich tragen. So gelangen wir zu einer Parallele der Göttlichen und der staatlichen Strafübung, die uns für die Herstellung der letzteren einigen Anhalt giebt. Schuld, Misbrauch der Freiheit, Gebrauch der Kräfte wider den dessen Willen gemäß diese Kräfte zu gebrauchen wären, ist hier wie dort Grund der Strafe. Auch der Staat straft nur die Auflehnung wider sich, nicht den Abfall von Gott, die Sünde; denn nur wenn die sündhafte Handlung zugleich als Auflehnung wider den Staat auftritt straft er sie, er straft sie nach dem Maß dieser Auflehnung, und durch die staatliche Strafe wird nur die Schuld wider den Staat, nicht die Schuld wider Gott ausgeglichen. Hiebei aber ist nicht zu vergessen, daß die Auflehnung wider den Staat stets auch als Auflehnung wider Gott zu denken ist. Den Ausnahmsfall, daß der Staat selber mit dem Göttlichen Gebote in Widerspruch getreten, also die Auflehnung des Einzelnen gegen diese Aeusserung des Staatswillens dem Göttlichen Willen entsprechend wäre, lassen wir ausser der Betrachtung. Der Staat straft nur was Auflehnung wider Gott ist, er straft weil es Gottes Wille ist daß er strafe, er straft mit der Kraft die ihm Gott gegeben, aber er straft an der Auflehnung wider Gott doch nur, was zugleich Auflehnung wider ihn den Staat ist, und die Strafgewalt, die er übt, ist nicht die Göttliche, sondern die ihm von Gott verliehene staatliche Strafgewalt.

Die den Staatszwecken zuwiderlaufenden Handlungen der Unterthanen haben wir als strafbare bezeichnet. Giebt man zu, daß überhaupt der Staat Zwecke hat, und daß dieselben irgend wie

§ 17. anderswoher als aus den strafbaren Handlungen zu erkennen sind, so dürfte gegen die Definition formell nichts zu erinnern sein. Wenn dennoch die Definition als keine scharf durchschneidende, rasch zur Gewissheit hinführende erscheint, so trägt daran die schwankende Natur des Begriffs „Staatszwecke" Schuld, noch mehr vielleicht unsere mangelhafte Kenntnis dieses Begriffs. Was wir zu wissen vermeinen lässt sich auf wenige Sätze beschränken. Die moderne Staatslehre ist fleissig an die Arbeit gegangen die Grenzlinien zu suchen; wir werden ihr keinen Vorwurf daraus machen daß sie noch wenig sicheres gefunden hat.

Hätten wir statt von Auflehnung wider den Staat von Auflehnung wider die Obrigkeit im Staat, statt von der Strafgewalt des Staats von der Strafgewalt der Obrigkeit reden sollen? Sicher nicht. Obrigkeit und Staat sind zwei untrennbare Begriffe. Verweist man auf kleinere Corporationen im Staate, die ihre eigenen Obrigkeiten haben, so ist zu erwidern, daß entweder diese Obrigkeiten keine wahren Obrigkeiten, oder diese Corporationen im Staat in Wirklichkeit kleine Staaten sind. Den menschlichen Verhältnissen entspricht es durchaus, daß staatenähnliche Bildungen in zahlreichen Schattirungen und ebenso obrigkeitliche Beamte gar verschiedener Art existiren. Die zu freiem Handeln befugte Obrigkeit ist doch nur im Staat denkbar, der selber allein die (relativ) freie Handlungsfähigkeit besitzt. Dem Staat ohne Obrigkeit fehlte thatsächlich die Möglichkeit einheitlichen Handelns; die Obrigkeit im Nichtstaat wäre selber nur wieder Dienerin der Obrigkeit des Staats, in dem unser Nichtstaat sich befände. Begriffe, die in so innigem Zusammenhange mit einander stehn, streifen das Unterscheidende gern ab, und scheinen, was ihre äusseren Beziehungen anlangt, leicht in einander aufzugehn. Die Obrigkeit handelt für den Staat, keine Staatshandlung anders als durch sie vermittelt; also was der Staat vermag vermag auch die Obrig-

keit, jede Gewalt des Staates ist auch eine Gewalt der Obrigkeit. § 17.
Und weil die Obrigkeit handelnd für den Staat zu sorgen hat, und ausschliesslich für ihn zu sorgen hat, darum muß sie alles was ihn verletzt als zu eigener Thätigkeit anstachelnde und somit auch als eigne Verletzung empfinden, jede Auflehnung wider den Staat als Auflehnung auch wider sich erfassen. Läßt man so die Beziehungen des Staats und der Obrigkeit zusammen verschwimmen, so bezeichnet der Satz „l'état c'est moi" nicht mehr als der andre, daß der König der erste Diener des Staats sein solle. Wenn wer mit höchster Gewalt bekleidet an der Spitze des Staats steht in seinem ganzen Handeln und Wandeln, Tichten und Trachten in die Interessen des Staats aufgeht, so kann dies nicht treffender ausgesprochen werden als mit der Phrase des grand roi; die Deutsche Wendung ist bescheidner aber minder scharf bezeichnend.

Werden die Bedeutungen von Staat und Obrigkeit in dieser Weise genähert, so wird der Streit ob Auflehnung wider den Staat oder wider die Obrigkeit, zum leeren Wortgefecht. Es ist aber auch eine Unterscheidung möglich. Zwar bedingt Wort und Begriff der Obrigkeit keine tiefere Auffassung keine höhere Pflicht und kein bestimmteres Zurückgehn auf ein Göttliches Amt und auf Göttliche positive Gebote. Denn Staat und Obrigkeit, beide untrennbar von einander, sind gleichmäßig Göttliches Ursprungs, gleichmäßig vom Göttlichen Gebot abhängig. Aber bei dem Gegenüberstellen erscheint Staat als der weitere, Obrigkeit als der engere Begriff. In dem Gedanken des Staats als der geordneten Gemeinschaft liegt der Gedanke der Obrigkeit unlösbar gebunden, ohne Obrigkeit keine Ordnung kein Staat. Obrigkeit ohne Staat hat auch keinen realen Bestand, aber die Obrigkeit bildet doch nur einen Theil des Staatskörpers, der daneben auch aus andern Theilen besteht. Darum können wir Vergehungen wider die Obrigkeit von den Vergehungen wider die übrigen Glieder und Theile

§ 17. des Staats wol sondern, und werden bei dieser Sonderung bald einsehn, daß keineswegs blos Vergehungen wider die Obrigkeit von seiten des Staats und durch die Obrigkeit zu strafen sind.

Soviel um der Principien, die wir bei unsern Constructionen zu Grunde legen, gewis zu sein. Was übrigens den Gang der Untersuchungen anlangt, so wird dieser durch den Stoff bedingt. Von den Verbrechen und von den Strafen sollen wir handeln; jene, als das an sich frühere ursächliche und bestimmende müssen wir voranstellen, diese, die uns als die naturgemäßen Folgen jener erscheinen, auch in der Darstellung nachfolgen lassen. Weiter scheint es gerathen mit dem Verbrechen in seiner einfachsten Gestalt zu beginnen, vorläufig alle Verwicklungen und Verflechtungen verbrecherischer Elemente so weit wie thunlich ausser Acht zu lassen, und ebenso zunächst nur die für das Dasein des Verbrechens wesentlichen Momente, nicht was etwa blos auf das Maß der Strafbarkeit oder sonst auf die Färbung des Verbrechens von Einfluss wäre in Betracht zu ziehn. Demnach haben wir mit dem juristischen Thatbestand des einfachen Verbrechens den Anfang zu machen.

„Thatbestand" „corpus delicti" ist ein Ausdruck, der seine nicht ganz einfache Geschichte besitzt. Im Lauf der Zeit mit sehr verschiedenartigen bisweilen sehr unklaren Begriffen verbunden, nach Umständen auch als Wort statt Begriffs verwandt, hat er oft mehr zur Verwirrung als zur Aufklärung beigetragen. Man ist jetzt einer Einigung über die Bedeutung nahe gekommen, ohne daß darum das Wort uns unentbehrlich geworden wäre. Die Römischen Juristen haben nichts entsprechendes gekannt, während der Zeit des Schwankens wußten auch die Deutschen Juristen je einer ohne den „Thatbestand" des andern auszukommen, und was mehr als dies beides beweist, obgleich der Begriff in seiner gegenwärtigen Bedeutung ebenso gut auf Rechtsgeschäfte passt wie auf

Verbrechen, so hat doch der Ausdruck in die technische Sprache § 17. unserer Privatrechtswissenschaft keine Aufnahme gefunden. Dagegen ist nicht zu leugnen, daß die Benutzung des Worts bei criminalistischen Erörterungen oft bequem ist, und ungefährlich sein muß, wenn man, nachdem man über die Bedeutung sich verständigt hat, consequent bei demselben Gebrauche verharrt.

Alles woraus die That besteht zusammengefaßt ergiebt den Thatbestand; wo die That ein Verbrechen, ist der Inbegriff aller einzelnen Elemente desselben der Thatbestand des Verbrechens. Freilich könnte man diesen Inbegriff auch mit dem Verbrechen identificiren, wie man im Civilrecht das Rechtsgeschäft von seinem Thatbestande nicht zu unterscheiden pflegt. Der Ausdruck erscheint uns aber als bequem und brauchbar, weil er uns darauf weist, daß die That zwar Ein Ganzes ist, aber aus einer Mehrzahl von Elementen besteht. So ist der Ausdruck besonders da beliebt, wo es sich handelt diese Elemente irgend wie zu gruppiren. In der Praxis dürfte am meisten von „objectivem" und „subjectivem Thatbestande" geredet worden sein; die Theorie hat gerade gegen diese Unterscheidung manches zu erinnern gewußt. Das Bedenklichste ist, daß die scharfe Durchführung der Unterscheidung nicht recht gelingen will, überall gewisse Momente zurückbleiben, die so in den objectiven wie in den subjectiven Thatbestand zu gehören scheinen. Besser läßt sich der wesentliche und der ausserwesentliche Thatbestand beim concreten Verbrechen unterscheiden. In den wesentlichen Thatbestand gehören alle die Elemente der That, welche für die Beurtheilung des Verbrechens und also für die Bestrafung von Bedeutung sind, deren keines unersetzt fehlen könnte, ohne daß hiedurch die Beurtheilung eine andere würde. In jede Verübung eines wirklichen Verbrechens fallen Acte des Thäters, die für die Beurtheilung des Verbrechens ohne alle Bedeutung sind. Beispielsweise: bei einem Morde knebelt der Mörder erst sein Opfer,

§ 17. zündet sich eine Pfeife an, und schneidet ihm dann die Kehle ab. Das Anzünden der Pfeife gehört in den ausserwesentlichen Thatbestand, da dadurch die Schuld des Thäters nicht erhöht noch verringert wird. Vielleicht wäre es richtiger diese Momente vom Begriff des Thatbestands gänzlich auszuschliessen; aber auch dafür sie als ausserwesentlichen Thatbestand neben den wesentlichen eigentlichen Thatbestand treten zu lassen spricht manches, vor allem daß die Kenntnis auch dieser Thatumstände für den Richter von Wichtigkeit sein kann. Solche Momente des unwesentlichen Thatbestands können leicht zu Indicien der Thäterschaft werden und ebenso für den Beweis der Gemüthsstimmung, in welcher der Thäter gehandelt hat von Wichtigkeit sein. So im obigen Falle. An sich macht es den Mörder nicht schuldiger, daß er die Pfeife angebrannt hat, er hätte sich ebenso gut eine Cigarre geben lassen, ein Butterbrod essen, gar nichts thun können. Dagegen ist die Kaltblütigkeit und Seelenruhe des Thäters bei der That, welche der gedachte Act zu bekunden scheint, erheblich für die Beurtheilung des Grades der Strafbarkeit, und darum jener Act selber vom Richter zu beachten. Aber zum wesentlichen Thatbestande gehört das besprochene Moment dennoch nicht. Das Tabakrauchen kann fortfallen, wird die gleiche Kaltblütigkeit in irgend welcher anderen Weise vielleicht durch Geständnis dargethan, ja bleibt sie unbewiesen während sie doch wirklich vorhanden gewesen ist, die Schuld bleibt dieselbe, nur daß im letzten Falle sie vom Richter nicht völlig erkannt wird. Andererseits kann das Rauchen im äusseren Thatbestande bleiben, wenn die Folgerung von hieraus auf die vorausgesetzte Seelenruhe und Gleichgültigkeit nicht richtig wäre, so wäre auch die Schuldstufe eine andere. Wesentlich ist nur was für das Maß der Schuld, nicht blos für die Erkenntnis dieses Maßes bestimmend ist.

Bei dem wesentlichen Thatbestande unterscheiden wir dann

weiter den juristischen und den factischen Thatbestand. In den § 17.
letzteren könnte auch der ausserwesentliche Bestand mit hineingeworfen werden, wir wollen ihn aber zunächst nur als Theil des wesentlichen Thatbestands erfassen. Jedes Stück des wesentlichen Thatbestandes das wir abnehmen oder zusetzen ändert an dem Werth der That; zum juristischen Thatbestande gehört nur was für die Werthbestimmung unersetzlich ist, was also abgenommen durch nichts anderes vertreten werden, und wo es hinzutritt einen Einfluß übt, der durch das Fehlen auf anderer Seite nicht wieder ausgeglichen werden kann. Die Veränderung, die durch das Eintreten oder Abgehn auch der factischen Momente des wesentlichen Thatbestands bewirkt werden muss, kann dagegen stets durch das Abgehn oder Eintreten anderer factischen Momente wieder aufgehoben werden, im factischen Thatbestande ist nichts unersetzlich. X hat den Y durch einen Dolchstoß ins Herz getödtet. Diese Verletzung gehört zum wesentlichen Thatbestande. Zum juristischen Thatbestande gehört nur, daß Y überhaupt eine tödliche Verletzung vom X erhalten hat; fehlt diese, so mag X dem Y übrigens gethan haben was er will und kann, das Verbrechen ist ein anderes. Aber daß die Verletzung das Herz getroffen, ein Dolchstoß gewesen, gehört nur zum factischen Bestande, sie hätte auch die Eingeweide zerreißen und durch einen Schuss bewirkt werden können, die That wäre darum nicht anders zu beurtheilen. Der juristische Thatbestand umschließt überall nicht mehr als die unentbehrlichen Elemente des abstracten Verbrechens, der factische wesentliche Thatbestand zeigt uns die wechselnde Gestalt, die der concrete Fall diesen Elementen verleiht. Der juristische Thatbestand kann ein besonderer oder allgemeiner sein, je nachdem er all die unterscheidenden Momente die zum Begriff irgend eines einzelnen Verbrechens gehören umfasst, oder sich auf diejenigen be-

§ 17. schränkt die allen Verbrechen gemeinsam sein müssen. Der factische Thatbestand ist überall der eines besonderen Verbrechens.

Juristischer und factischer Thatbestand zerfallen gleichmäßig in „äussern“ und „innern Thatbestand“. Dieser umfasst die unsichtbaren überhaupt nicht sinnlich wahrnehmbaren Vorgänge im Innern des Thäters, jener alle in die Aussenwelt eingreifenden Bewegungen und was hiedurch gewirkt wird, soweit dies in den Bereich des Verbrechens gehört. Die Unterscheidung ist leicht und einfach, fast schon durch den Wortlaut genügend bestimmt, schwieriger aber ist es das Verhältnis dieser beiden Arten des Thatbestands zu einander und zur Beurtheilung des ganzen Verbrechens zu erkennen. Es handelt sich hier um die Beantwortung von Fragen, die im engen Zusammenhange stehn mit den ersten Grundsätzen von welchen das Strafrecht ausgeht. Da diese Grundsätze nicht überall und zu allen Zeiten dieselben gewesen sind, so ist bald dem innern bald dem äussern Thatbestande größere Bedeutung betreffs der Behandlung d. h. der Bestrafung der Verbrechen zugeschrieben worden.

Die im Römischen Recht aufgestellten aber freilich nicht consequent durchgeführten Sätze, ,,consilium uniuscujusque non factum puniendum est'', und ,,in maleficiis voluntas spectatur non exitus'', bilden den schärfsten Contrast zu den Ordnungen der Germanischen Volksrechte, wo die Buße genau nach dem Schaden des Verletzten berechnet wird. Im Canonischen Recht ist die Unentbehrlichkeit des inneren für die Existenz des Verbrechens anerkannt: ,,nemo tenetur ad culpam nisi voluntate propria deflexerit'' — ,,voluntaria tantum commissa sequitur delictorum invidia''. Dasselbe war für unser gemeines Recht schon durch den Einfluss des Römischen und des Canonischen Rechts bedingt; man vergleiche auch die Carolina Art. 146, 40, 50, 67, 108, 110 u. a. Die neueren Gesetzgebungen sind gleichfalls hiebei verblieben: ohne Schuld keine Strafe.

Straf-G. B. f. Baiern Art. 1. Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen. § 17.

Straf-G. B. f. Sachsen Art. 46. Zu den regelmäßigen Erfordernissen eines Verbrechens gehört daß die mit Strafe bedrohte Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze begangen.

Art. 48. Handlungen wodurch unvorsätzlich eine Rechtsverletzung herbeigeführt worden ist, sind nur wenn diese Rechtsverletzung durch Unbedachtsamkeit verschuldet wurde, und nur in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen zu bestrafen.

Aehnliches ist auch in andern Strafgesetzbüchern zu lesen, so im Württemberg. Art. 54, Braunschweig. § 26, Bad. § 10, Bair. Entw. Art. 5. Von einer scheinbaren jedenfalls nicht sehr erheblichen Abweichung des Oesterreichischen Strafgesetzes (§ 233 und 238 im Gegensatz zu § 1) war schon oben (auf S. 132 f.) die Rede. Einige Strafgesetzbücher, so das Preussische, sprechen sich nicht ausdrücklich aus, nur weil sie davon ausgehn, daß an der Nothwendigkeit der Verschuldung für Annahme eines Verbrechens ohnehin kein Zweifel bestehn könne. Diese Enthaltsamkeit, nicht zu sagen was auch ungesagt gelten müsse hat Beifall gefunden; doch nicht bei allen. Krug in seinen Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland II. 1. A. 2—4 (9—11) will im Gesetzbuch ausdrücklich gesagt wissen, daß „rechtswidriger Vorsatz ein nothwendiges Erforderniß der Bestrafung", unvorsätzliche Rechtsverletzungen nur in bestimmten Fällen, und auch da nur wenn sie aus Unbedachtsamkeit geflossen, zu strafen seien.

Die angezogenen Gesetzesstellen beantworten nur eine der uns vorliegenden Fragen: der innere Thatbestand hat Bedeutung für

§ 17. die Beurtheilung des Verbrechens. Sie sagen nicht welche Bedeutung er habe und welche daneben dem äussern Thatbestand zukomme. Hierüber hat man sich bis auf den heutigen Tag nicht geeinigt. So lange man bei den Aussprüchen der Carolina als Grundlagen des gemeinen Rechts glaubte beharren zu müssen, war es geradezu unmöglich zu festen Resultaten zu kommen. Wer „die straff nach gelegenheyt und ergernus der übelthat aus lieb der gerechtigkeit und umb gemeines nutz willen ordnen" will, wird stets in Gefahr sein zwischen zwei Stühle sich zu setzen. Denn wenn was die Gerechtigkeit und was der gemeine Nutzen hinsichts der Bestrafungen von Verbrechen erfordern nicht etwa ganz zusammenfallen sollte, unter welcher Voraussetzung es aber überflüssig und irreleitend wäre beide neben einander zu nennen, so wird es nöthig werden im concreten Falle sich zu entscheiden ob man den Nutzen der Gerechtigkeit oder diese dem Nutzen zum Opfer bringen will: das Bestreben beiden gleichmäßig gerecht zu werden könnte nur dahin führen, den Ansprüchen keiner Seite genüge zu thun. Schien es daß die Gerechtigkeit vorzugsweise Berücksichtigung des innern Thatbestands forderte, so schien der Nutzen für die überwiegende Betrachtung des äussern Thatbestands den Ausschlag zu geben; für das eine so gut wie für das andre konnte man sich auf das Deutsche Grundgesetz beziehn. Gewis muss die Wissenschaft erst darüber im klaren sein ob das Strafrecht der Gerechtigkeit oder der öffentlichen Nützlichkeit dienen soll, bevor sie daran gehn kann Werth und Bedeutung der einzelnen Elemente des Verbrechens festzustellen. Jener Satz der Carolina ist uns kein Hindernis mehr; seit Ende des vorigen Jahrhunderts hat die Deutsche Strafrechtswissenschaft sich gewöhnt bei principiellen Fragen auf die theoretisirenden Aussprüche der kaiserlichen Gerichtsordnung nicht mehr zu geben als die neuen Particulargesetze auf die alten Strafmaßbestimmungen gegeben haben. Relative und

absolute Theorieen sind aufgetreten ohne Rücksicht darauf zu neh- § 17.
men, ob sie den Anschauungen Schwarzenbergs nah oder fern stünden. Hinsichts dieser Theorieen aber und ihrem Verhalten zu unsern Fragen dürfte soviel gewis sein, daß die relativen Theorieen je nach ihrer speciellen Gestaltung bald dem äusseren und bald dem inneren Thatbestande größeres Gewicht beilegen können, die absoluten aber ausnahmslos gezwungen sind die vorherrschende Bedeutung des inneren Thatbestands anzuerkennen. Ueberhaupt neigt die neue Theorie immer mehr dahin die Schuld als das ausschließlich entscheidende zu erfassen, in dem äusseren Thatbestand nur die Erscheinungsform jener zu erkennen. „Strafe ist Vernichtung der Schuld an dem Schuldigen" (*Heffter* Strafr. § 4). Der Satz ist nicht unbedenklich, weil Misdeutungen nahe liegen, und unleugbare Bestimmungen des geltenden Rechts wie die verschärfte Bestrafung des Rückfälligen nicht zum besten damit sich zu vereinigen scheinen; aber über die Bedeutung des inneren Thatbestands läßt er keinen Zweifel bestehn. Fast noch bestimmter äussert sich *Temme* (Schweiz. Strafr. § 37, vgl. § 53):

> Das Strafrecht der civilisirten Völker der Gegenwart steht im Einverständnis mit der neueren Philosophie nicht mehr auf jenem Standpunkte, auf welchem die bloße äussere, eine Rechtsverletzung enthaltende That bestraft wird. Auch im Deutschen Strafrecht sind von diesem früher in demselben geltend gewesenen Standpunkt keine Spuren zurückgeblieben. Das Strafrecht bezieht gegenwärtig sich immer *nur auf den Willen*. Es wird *nur das gewollte Unrecht*, und nur das gewollte strafbare Unrecht gestraft.

Was man für das principiell richtige hält glaubt man gern auch im geltenden Recht wiederzufinden. Aber erreicht haben wir dies Ziel, daß nur auf den Willen bei der Bestrafung gesehn würde, im heutigen Recht noch nicht. Ich erinnere vorläufig nur daran,

§ 17. daß der Versuch eines Mordes auch bei voller Schuld des Thäters in ganz Deutschland zur Zeit noch milder gestraft wird, als wenn bei ganz gleicher Schuld die äusseren Umstände derartig sind daß die beabsichtigte Tödtung aus dem Mordanfall als Folge hervorgeht.

Die Antwort, die aus unsern Principien sich ergiebt, liegt zu Tage. Auch wir wollen die Schuld strafen, und wir sehn die Schuld in der Auflehnung wider den Staat, im Misbrauch der Freiheit, dem Staat gegenüber also in etwas so wesentlich übersinnlichem wie die Freiheit selber ist. Wir müssen danach den inneren Thatbestand nicht blos als nothwendige Voraussetzung des Daseins eines Verbrechens sondern auch als den Maßstab der Strafbarkeit desselben anerkennen. Aber der Misbrauch der Freiheit, den wir strafen wollen, muß zugleich ein dem Staate schädlicher zum mindesten gefährlicher sein. Dies bedingt die Unentbehrlichkeit auch des äusseren Thatbestands. Die inneren Regungen und Bewegungen des Verbrechers müssen solche sein, durch die auch seine nach aussen hin wirksamen Kräfte in Thätigkeit gesetzt werden und zwar dergestalt, daß auch draussen liegendes durch diese Thätigkeit weiter bewegt wird. Denn nur was die körperliche Welt fasst und bestimmt gehört in das Gebiet des Staates, der bloße Gedanke liegt ausser seinem Bereich. Was gar nicht äusserlich zur Erscheinung kommt bleibt ungestraft, aber was so äusserlich zur Erscheinung kommt, das beurtheilen und bestrafen wir nicht nach Maßgabe dieser Erscheinung, sondern nach der innerlichen geistigen Bewegung aus der es entsprossen ist. Das ganze Verbrechen muss, wie die Pflanze im Keime, im inneren Thatbestand liegen, jedes äussere Moment, das auf diesen nicht zurückgeführt werden könnte, dürfte auch bei der Berechnung der Strafbarkeit nicht in Ansatz gebracht werden. Aber dieser geistige Keim des Verbrechens muss so lebenskräftig sein, daß er nach seiner Natur

den äussern Thatbestand zu erzeugen vermag, und ihm muss so § 17.
langes Leben werden, daß er diese Zeugungskraft thätlich bewährt. Sind diese äusseren Bedingungen der anzuwendenden Strafe erfüllt, so kann die Strafe seltner nur nach dem bestimmt werden was als ihr eigentlicher Grund zu betrachten ist, d. h. nach der Schuld die das Verbrechen geboren hat.

Dies alles ist seinem wesentlichen Inhalte nach schon im früheren angedeutet worden; es ist gesagt, daß bei dem Verbrechen der Wille des Einzelnen sich auflehne wider den Staat, daß dieser Wille mit der Strafe gebrochen werden solle, und daß also die Höhe der Strafe, die Kraft der Reaction wider den verbrecherischen Willen sich steigern müsse je nach der Bosheit und Energie dieses Willens. Im besten Einklange hiemit ist an anderer Stelle (S. 87 f. u. S. 99) gesagt, daß zu jedem Verbrechen auch ein Stück realer Einwirkung auf die Sinnenwelt gehöre, genug um äusserlich unmittelbar die Staatsinteressen zu bedrohn.

Es ist aber noch ein anderer Punkt hervorzuheben. Der äussere Thatbestand ist nicht blos ein an sich unentbehrliches Element des Verbrechens, er ist überdies in vielen Fällen das einzige, überall das vornehmlichste Mittel durch das wir Kenntnis von dem andern, übersinnlichen Element des Verbrechens, dem innern Thatbestand erlangen. Und hieraus dürfte die häufige Ueberschätzung des äussern Thatbestands gerade bei denjenigen sich erklären, die übrigens richtig erkannt haben, daß Schuld die Strafe bedinge und bestimme, und daß die Schuld etwas unkörperliches sinnlich ungreifbares sei. Unwillkürlich, weit häufiger als man sich selber zu gestehn geneigt ist, wird man, weil man im äusseren Thatbestande nach dem Bilde des innern zu suchen gezwungen ist, zu dem Glauben gedrängt, der äussere Thatbestand sei selber das gesuchte Bild. Das Versehn ist umsomehr zu entschuldigen, als wir ein unmittelbares und reines Bild des inneren Thatbestandes zu ge-

§ 17. winnen überall ausser stande sind; nichts darum anders bleibt es ein Versehn, und praktisch läuft es ziemlich nah zusammen, ob man den äusseren Thatbestand und Erfolg eines Verbrechens unmittelbar als für die Bestrafung maßgebend erachtet, oder zwar die Strafe nach der Schuld aber diese wieder nach dem äussern Erfolg bemisst.

Ein Vorwurf gegen diese Ergebnisse unserer Theorie liegt nahe. Wenn wir verlangen, daß die Strafe stets nach dem inneren Thatbestande und nur nach dem inneren Thatbestande bestimmt werde, so stellen wir damit ein Verlangen, was von Menschenkräften nie ganz erfüllt werden kann. Was hilft das Idealisiren und Himmelansteigen wenn es sich doch nur darum handelt ein auf Menschen und von Menschen anzuwendendes Strafrecht zu construiren. Ich habe schon an anderer Stelle angedeutet daß unsere Theorie zu idealen unerfüllbaren Forderungen führe. Ich wiederhole dies hier, gebe also den Inhalt des Vorwurfs zu, ohne darum den Vorwurf als solchen anzuerkennen. Wir rühren an Fragen allgemeiner Natur, die ihre Lösung bisher nicht gefunden haben, und wahrscheinlich auf Erden nie finden werden. Es giebt ein Jagen nach idealen unerreichbaren Zielen, ins liebe Blaue hinein, trotz allem Eifer und aller Müh, ohne jedweden Erfolg oder Werth. Aber ebenso gewis, daß wer nur ausgeht auf Erreichung desjenigen was er von vornherein als möglich erkannt hat, sicher nicht alles mögliche erreichen wird, daß nur das Streben über das Mögliche hinaus an die letzten Grenzen des Menschen Möglichen führt. Das Streben zum Idealen kann also ebenso gut ein fruchtbringendes wie ein verlorenes sein; wann dies, wann jenes, wo die Grenzen? sind einstweilen unerfindliche Fragen. Es erscheint also zum mindesten nicht als nothwendig, daß die idealen Anforderungen gerade im Strafrecht zu unpraktischen Resultaten führen, das nöthige Gegengewicht gegen den Idealismus ergiebt sich bei der Ausübung des Strafrechts durch den Richter von selber. Und daß das ausschließ-

lich auf Erreichung des anscheinend möglichen und nützlichen ge- § 17.
richtete Streben auch dem Strafrecht wenig Segen bringt, ist aus
der Geschichte von II. 20 des allgemeinen Landrechts für die
Preussischen Staaten bekannt.

Aber freilich sind das verschiedene Fragen, ob überhaupt es möglich ist ein praktisches Strafrecht aus Principien herzuleiten, die zu unerreichbaren Consequenzen drängen, und ob unser heutiges Strafrecht auf solch ideale Principien zurückzuführen ist. Die Behauptung daß diese zweite Frage zwar nicht geradezu zu bejahen sei, daß aber unser Strafrecht danach ringe und strebe jenen Principien mehr und mehr entsprechend sich zu gestalten ist im voraufgehenden aufgestellt und soll im folgenden bewiesen werden, so gut dies gelingen mag.

---

§ 18.

Abgrenzung von Handlung und Erfolg.

Den inneren Thatbestand habe ich als den Keim bezeichnet § 18.
aus dem der äussere hervorwächst. Der innere Thatbestand ist bei dem Entwicklungsgange jedes concreten Verbrechens das frühere, wogegen unsere Erkenntnis mit dem äusseren Thatbestand anfang zu machen pflegt. Auch für die theoretische Darstellung scheint es angemessen den in der natürlichen Reihenfolge voraufgehenden inneren Thatbestand vor dem äussern zu behandeln; demnach müssen wir zuerst einen Blick auf die äusseren Elemente des Verbrechens werfen, weil wir nur durch ihre Vermittelung zur Erkenntnis der inneren gelangen können.

Jedes Verbrechen, sagten wir oben (§ 8 S. 87 f.), bestehe aus Handlung und Erfolg. Die Handlung umschließt den inneren Thatbestand; da wir aber hier an rein geistige Handlungen durch-

§ 18. weg nicht zu denken haben, so fällt jede Handlung die uns angeht, zum andern Theil in den äusseren Thatbestand. Kein äusserer Thatbestand irgend welches Verbrechens ohne Handlung oder ohne Erfolg.

Bevor wir hierauf weiter bauen, haben wir ein Bedenken zu beseitigen. Einige unserer Particularstrafgesetze könnten auszusprechen scheinen, daß es Verbrechen auch ohne Erfolg gebe. So das Sächsische Strafgesetzbuch:

> Art. 37. Ein Verbrechen ist vollendet wenn die mit Strafe bedrohte Handlung beendigt und, im Fall ein gewisser Erfolg zu den gesetzlichen Erfordernissen des Verbrechens gehört, auch dieser eingetreten ist.

Aehnlich schon Württemb. Art. 61, Braunschw. § 35, 36, Hess. Art. 63 wo aber statt „gewisser", „bestimmter Erfolg" gesagt ist. Da wir sicher wissen daß kein Deutscher Gesetzgeber auch die wirklich erfolglosen Handlungen, Gedanken, mit Strafe belegen wollte, so können wir in jenen Worten so wenig einen ernsten Widerspruch gegen unsere Behauptung finden, wie wir uns durch sie berechtigt halten mögen ein Schisma der Particulargesetzgebungen anzunehmen. Aus der Verweisung des Sächs. Art. 37 auf die Art. 186 211 224 273 328 358 desselben Gesetzes, die von der Vollendung der Unzuchtsvergehn Brandstiftung Meineids Diebstahls Münzverbrechen handeln, geht hervor daß der Nachdruck auf dem „gewisser" liegt, und ein solcher „gewisser Erfolg" derjenige ist, der durch die Worte des Strafgesetzes ausdrücklich abgegrenzt ist. Dasselbe gilt von dem „bestimmten Erfolge" der drei andern Gesetzbücher. Daß kein Verbrechen ohne Erfolg denkbar, ist ernsthaft nicht zu bestreiten.

Minder zweifelsfrei ist die Grenzlinie, die den Erfolg von der Handlung unterscheidet.

Wo hört der Begriff der Handlung auf? wo beginnt der Er-

folg? Die Antwort kann bei Verbrechen nicht noch anders lauten § 18.
als sonst bei menschlichen Handlungen. Diese Antwort zu geben aber ist darum nicht ganz leicht, weil unser Sprachgebrauch kein reiner und bestimmter ist. Man pflegt Verbrechen als Handlungen schlechthin zu bezeichnen, obgleich jedes Verbrechen ausser der Handlung ein Stück Erfolg in sich begreift; man nennt auch die Rettung eines Menschenlebens wol als eine Handlung der Nächstenliebe, aber zur Rettung gehört neben der Handlung ein bestimmter äusserer Erfolg; ähnlich nimmt man in tausend anderen Fällen keinen Anstand unter den Ausdruck Handlung mehr oder weniger vom Erfolge mitzubegreifen. Und doch müssen wir behaupten durchaus berechtigt zu sein, Handlung und Erfolg einander gegenüberzustellen, und unter Handlung etwas zu verstehen das nichts vom Erfolge enthält. Wir müssen anerkennen daß das Wort Handlung bisweilen ganz präcisen Sinn hat, bisweilen weniger bestimmt und scharf gebraucht wird und dann beliebige Stücke Erfolgs in sich aufnimmt. Handlung und Erfolg, oder doch ein Theil desselben, werden zu einem neuen Ganzen verschmolzen, und dieses wiederum Handlung getauft.

Wollen wir die Handlung im engeren Sinn gegen ihren Erfolg abgrenzen, so müssen wir sagen: Die Handlung reicht so weit wie die Bewegungen des Handelnden selber, alle durch diese herbeigeführten Bewegungen und Veränderungen von Aussendingen fallen unter den Begriff des Erfolgs. Offenbar sind nicht alle Bewegungen Handlungen, nur die als Ausflüsse des Willens erscheinenden; aber mit diesen Bewegungen ist das Gebiet der Handlungen im strengen Sinne abgeschlossen. Alles was die Bewegungen des Handelnden wirken, ist als Erfolg der Handlung entgegenzusetzen. Dem Vorwurf der Unbestimmtheit wird diese Definition schwerlich unterliegen; sehn wir ob sie auch richtig ist.

§ 18. Zunächst mögen einzelne Fälle in betracht gezogen werden, bei denen die Richtigkeit der aufgestellten Unterscheidung sich erproben lässt. Daß der von der Kugel Getroffene gestorben, ist sicher kein Theil der Handlung des Mörders. Er ist gestorben weil er eine tödliche Wunde erhalten hatte. Auch die Verwundung gehört nicht zur Handlung. Die Wunde ist Folge davon, daß die Kugel eben den Raum durchflogen hat, in dem gerade zur Zeit der Körper des Verletzten sich befand. Die Kugel ist durch das explodirende Pulver aus dem Laufe getrieben, und das Pulver selber von dem darauf gefallenen Funken entzündet worden. Noch immer nicht sind wir bei einer Handlung des Thäters angelangt. Den Funken hat der Hahn geschlagen, dieser ist der Bewegung des Abzugs gefolgt, den Abzug hat der Finger des Thäters gedrückt. Dies Drücken erscheint uns als Theil der Handlung, schon die Bewegung des Abzugs nicht mehr, ebenso wenig alles weitere, was durch diese Bewegung hervorgerufen ist. Aehnlich stellt eine Brandstiftung sich dar. Daß das Haus abgebrannt ist, wird niemand als Handlung des Brandstifters erfassen. Es ist abgebrannt, weil unter dem Dach ein Feuer entstanden, das so lange unbemerkt geblieben bis Hülfe dawider unmöglich geworden war. Das Feuer ist entstanden aus Stroh und Pech, worauf einzelne Kohlen gelegt waren. Daß Stroh und Pech, und dann Bretter und Balken Feuer gefangen ist alles nicht Theil der Handlung, auch nicht daß die Kohlen auf den Boden in das Stroh gekommen sind, aber daß X auf den Boden gegangen ist, daß er seinen Körper so und so bewegt hat, um Kohlen Pech und Stroh zusammenzubringen auf einen Fleck, von dem aus die Flammen das Gebälk erfassen mussten, das gehört zur Handlung. Eine Urkundenfälschung: Das Entstehn des Documents, daß das Papier die Dinte annimmt und daß die Feder mit der Dinte über das Papier gleitet, alles dies

sind nur Folgen, als Handlung aber erscheinen nur die Bewegungen § 18.
des Fälschers, dessen Hand die Feder führt.

Die aufgestellte Unterscheidung scheint also wol mit der gewöhnlichen Betrachtungsweise nicht unvereinbar zu sein. Es fehlt aber auch nicht an inneren Gründen sie zu rechtfertigen. Der Wille des Handelnden ist alleinige Ursache der Bewegungen desselben, die wir als Theile der Handlung bezeichnet haben; er ist nur mitwirkende Ursache der Veränderungen und Bewegungen von Aussendingen, welche wir als Folgen der Handlung erfassten. Diese Folgen setzen das Dasein jener Dinge am betreffenden Orte und bestimmte Beschaffenheit derselben voraus, die Handlung d. h. die körperliche oder geistige Bewegung nichts als den Willen des Thäters.

Man könnte sich versucht fühlen diese letzte Behauptung zu bestreiten. Die Körperbewegung, jede wirkliche Willensäusserung setze ausser dem Willen auch noch einen Körper voraus, durch den eben der Wille sich kund gebe. Wir kennen aber auf Erden wol Körper ohne Willen, doch keinen Willen ohne Körper. Der Körper ist die nothwendige Bedingung der realen Existenz des Willens. Sprechen wir von einem Willen, der wirkend auf die irdischen Verhältnisse eingreifen soll, so denken wir eben an einen solchen verkörperten Willen. Bei dieser Betrachtungsweise aber vermögen wir nicht den Körper dem Willen objectiv gegenüberzustellen, aus demselben Grunde wol der dem Recht verbietet ein Eigenthum am eigenen Körper anzunehmen. Der Begriff des Willens umschließt hier auch den Körper. Noch ein andrer Einwurf ist möglich. Nicht überall ist Körperbewegung Folge der Willensthätigkeit; Lähmung, äussere Bande können die gewollte Bewegung verhindern. Also nicht der Wille allein genüge die Bewegung zu bewirken, es müssen Umstände concurriren, die sie gestatten. Aber diese gestattenden Umstände beschränken sich auf die Abwesenheit von Hindernissen.

§ 18. Freilich zieht scheinbar auch der Wille nicht immer die gewollte Bewegung nach sich; stärkere Kräfte können seine Wirksamkeit aufheben, Krankheit und äussere physische Gewalt sind oft mächtiger als die Kräfte des einzelnen Menschen. Der Wille wirkt nur da, wo nichts dergleichen ihm entgegentritt. Die Wirksamkeit des Willens also ist an Bedingungen geknüpft, nichts destoweniger aber ist der Wille die einzige wirkende Ursache der Körperbewegungen, abgesehn natürlich von den gar nicht gewollten durch Krankheit oder äussere Gewalt hervorgerufenen Bewegungen.

Anders bei den äussern Folgen der Handlungen. All diese Folgen setzen ausser der Handlung nicht blos die Abwesenheit von Hindernissen sondern auch das Dasein von bestimmten Gegenständen zur betreffenden Zeit und am betreffenden Orte voraus, ausserdem bestimmte Qualitäten dieser Gegenstände. Dies liegt bei den oben betrachteten Fällen zu Tage. Nehmen wir andere, wo der Thäter gar keines Werkzeugs sich bedient hat. Die Hanne hat ihr neugeboren Kind erwürgt. Dies setzt mehr voraus als blos den Willen der Hanne und die Abwesenheit von Hindernissen die der Verwirklichung dieses Willens entgegentreten könnten. Erforderlich ist daß Hanne ein Kind habe und bei sich habe, und daß das Kind eben noch ein so hülfloses Wesen sei, das leicht sich erwürgen läßt. Oder man denke an eine Nothzucht. Am Ort der That muss sich ausser dem Thäter ein menschliches Wesen befunden haben, an dem ein solches Verbrechen begangen werden konnte, d. h. ein Weib von gewissen Jahren und, wenigstens nach gemeinem Rechte, von gutem Rufe. Es setzt das Verbrechen ferner voraus, daß diese sich nicht preisgeben wollte, ihre Kräfte aber denen des Verbrechers gegenüber sie zu schützen nicht ausreichten, daß ein gewisser Widerstand geleistet doch überwunden worden ist.

Zwischen dem also was wir Handlung und dem was wir Erfolg der Handlung nennen besteht ein wesentlicher Unterschied. Die

Handlung ist lediglich ein Product des Willens, sie setzt nichts § 18.
voraus als das Dasein des Willens und die Abwesenheit von entgegenwirkenden Kräften, die dem Willen sich zu bethätigen verbieten könnten. Der Erfolg aber ist nie reines Willensproduct. Ein Erfolg kann nicht bestehn ohne gewisse Einwirkungen auf Sachen, Einwirkungen die der Wille nicht unmittelbar sondern eben nur durch die Handlung hervorzurufen vermag. Diese Einwirkungen setzen stets voraus daß überhaupt Sachen da sind und von der Art sind, daß auf sie solche Einwirkungen statt finden können. Jeder Erfolg bedingt mindestens zwei zusammenwirkende Ursachen, ausser der von dem Willen erzeugten Handlung auch die Sache, die von der Handlung betroffen und irgend wie beeinflusst wird. Halten wir fest hieran, so können als Handlungen überall nur die geistigen oder körperlichen Bewegungen des Handelnden selber gelten, alles weitere erscheint nicht mehr als reines Product des Willens, sondern muss als Product anderer mit dem in der Handlung ausgesprochenen Willen zusammenwirkender Ursachen den Erfolgen zugezählt werden.

Uns war darum zu thun die äusseren Bestandtheile des Verbrechen, die äussere Handlung und den Erfolg derselben sicher von einander zu unterscheiden. Wir haben gesehn daß überall wo Handlung und Erfolg abzugrenzen sind, die Handlung nur die Bewegung des Subjects umfasst, alles andre dem Erfolge anheimfällt. Auch bei dem Verbrechen muss der Begriff der Handlung auf die Bewegungen des Thäters beschränkt werden, alles was übrigens diese Bewegungen wirken, ist Erfolg. Somit hätten wir eine feste Grenze gefunden die die verschiedenen Elemente des äusseren Thatbestandes von einander scheidet. Alles was nicht Bewegung des Thäters ist, vielmehr durch diese Bewegungen gewirkt wird, ist Erfolg; die körperlichen Bewegungen bilden den andern, eigentlich ersten Theil des äussern Thatbestands.

§ 18. Wäre jemand trotz diesen Ausführungen nicht einverstanden damit, daß jedes Verbrechen in Handlung und Erfolg zu zerlegen sei, so wird er doch einräumen müssen daß jedes Verbrechen zu seinem äusseren Bestande gewisse Körperbewegungen des Thäters und gewisse Wirkungen dieser Bewegungen voraussetzt. Sage ich nun Handlung bezeichne nach meinem Sprachgebrauch nichts anders als eben die betreffenden Bewegungen, Erfolg die genannten Wirkungen, dann mag man wol diesen Gebrauch als willkürlich tadeln, aber man wird nicht leugnen können daß meinem Sprachgebrauch treu ich bei jedem Verbrechen Handlung und Erfolg der Handlung unterscheiden müsse. Ueber die Sache wären wir einig, nur über den Ausdruck im Zwist. Aber auch was den Ausdruck betrifft bin ich nicht gewillt nachzugeben. Das Wort Handlung darf streng genommen nichts anderes bezeichnen als was ich darunter verstehe. Daß es auch anders gebraucht wird, kann ich nicht in abrede stellen; aber dieser weitere Gebrauch ist, wie mancher andere in unserer Sprache, ein unsauberer. Zieht man ein Stück Erfolgs mit unter den Begriff der Handlung, so kann man auch noch mehr dahinziehn, beliebig viel ohne daß wieder eine haltbare Grenze sich zeigte. Darum nenne ich den Gebrauch einen unsauberen. Nur wer die Handlung auf die unmittelbar und allein von dem Willen hervorgerufenen Bewegungen beschränkt, kann festen Sinn mit dem Wort verbinden.

Möglich also ist die Unterscheidung von Handlung und Erfolg bei jedem Verbrechen; auch vermeine ich nicht der erste zu sein der sie gefunden hat, man hat sie aber bisher für den Ausbau des Strafrechts nicht zu verwerthen gewusst. Ob ihr dennoch praktischer Werth gerade für das Criminalrecht zukommt, mag die folgende Untersuchung ergeben.

---

§ 19.

Wollen und Wissen.

Jedes wesentliche äussere Moment des Verbrechens muss auf ein entsprechendes inneres zurückgeführt werden können. Haben wir nun gesehn daß der äussere Thatbestand aus zwei verschiedenen Elementen sich zusammensetzt, so wird eine ähnliche Combination auch des inneren Thatbestands von vornherein wahrscheinlich, und die gesonderte Behandlung der Fragen geboten sein, welche innerlichen Momente mit der körperlichen Handlung und welche mit dem eintretenden Erfolge in Beziehung stehn müssen. § 19.

Das Verhältnis des Thäters zur äussern Handlung ist leicht festgestellt. Der Thäter muss die Handlung gewollt haben, sonst könnte was zur Erscheinung kommt nicht als Handlung dieses Thäters gelten. Denn Handlung ist ja überall nichts anderes als Willensäusserung. Der Begriff der Strafe steht im innigen Zusammenhange mit dem Willen. Nur Handlungen, das heißt Bewegungen die dem Willen ihren Ursprung verdanken, können der Strafe unterliegen; mit dem Willen fiele jeglicher Grund der Strafbarkeit hinweg. Ein Verbrechen ohne Handlung wäre ebenso undenkbar wie eine Handlung ohne Willen.

Die praktische Bedeutung des aufgestellten Satzes liegt offen. Die Handlungen die unter den Begriff der Verbrechen fallen, sind nicht rein geistige Gedanken, sondern müssen überall in körperlichen Bewegungen des Thäters sich darstellen. Solche Bewegungen aber, wo sie einen anscheinend verbrecherischen Erfolg nach sich gezogen haben, können nur dann als Theile eines Verbrechens gelten und die Anwendung von Strafen rechtfertigen, wenn sie gewollt sind von wem sie ausgehn. Die Körperbewegung, die nicht aus dem Willen des sich bewegenden flösse, wäre keine Handlung. Dem Schaden, der durch solche Bewegungen veranlasst würde, könnte

§ 19. der Staat entgegenwirken wie er sonst will und mag, strafen könnte er nicht. Damit aber die Körperbewegung als Handlung erscheine, dazu ist erforderlich, daß der sich bewegt überhaupt einen Willen habe, und daß er diesen seinen Willen wirklich gebraucht habe um gerade diese Bewegung hervorzurufen. Wo das eine Requisit oder das andre fehlt, liegt kein Verbrechen vor. Die Bewegungen von Menschen die keinen Willen haben bleiben stets straflos, ebenso wie die Bewegungen der an sich willensfähigen, die aber im betreffenden Falle doch ohne Willen sich bewegt haben.

Schwieriger ist festzustellen welche geistigen Beziehungen zwischen dem Handelnden und dem verbrecherischen Erfolge der Handlung bestehn müssen. Versuchen wir diese Frage der ersten gleich zu beantworten: ein Verbrechen sei dann anzunehmen, wenn der Thäter nur seine Handlung so auch den Erfolg, soweit dieser zu dem Begriff des Verbrechens gehört, gewollt habe.

Diese Antwort läßt noch manchem Zweifel Raum. Was heißt: einen Erfolg wollen? Wird eine Handlung gewollt, so ist gerade das wesentlich, daß diese Handlung nur dem Willen ihren Ursprung verdankt; aber ein Erfolg erscheint uns überall als das Product mehrer concurrirender Ursachen. Sollen wir nun, um ein Verbrechen anzunehmen, verlangen daß all diese mitwirkenden Ursachen auf den Willen des Thäters irgend wie zurückzuführen seien? offenbar wäre dies zuviel verlangt. X nimmt eine Schiene vom Damm der Eisenbahn, das Herabstürzen des Zuges zu bewirken, um so seinen Feind zu verderben, oder Gelegenheit zum Raube zu haben. Viele Ursachen wirken hier zusammen das Unglück herbeizuführen: Die Kraft des Dampfes, die Beschaffenheit des Dammes, der Wagen, Ungachtsamkeit der Führer und Wärter u. s. w. Die große Mehrzahl dieser Ursachen wirkt völlig unabhängig von dem Willen des Verbrechers, den wir darum doch nicht für minder schuldig erachten können. Consequent durchgeführt

würde obiges Verlangen dahin führen, einen Mord nur da anzunehmen, wo der Thäter den Angefallenen an den Ort des Verbrechens geführt hätte, und der Dolch von ihm selber geschliffen wäre. Zu einer Fälschung müssten wir erfordern daß der Fälscher Papier Dinte Federn sich gefertigt hätte. So ist es offenbar nicht. Daß mit dem Willen des Thäters in keinem Zusammenhang stehende Kräfte und Umstände mitwirken den verbrecherischen Erfolg herbeizuführen, schließt den Begriff des Verbrechens nicht aus. § 19.

Oder sollen wir sagen: den verbrecherischen Erfolg will, wer diejenigen eigenen Handlungen will, welche diesen Erfolg hervorzurufen mitwirken? Sagen wir dies, so leugnen wir die Nothwendigkeit jeder directen Beziehung zwischen dem geistigen Vermögen des Thäters und dem Erfolge. Wir verlangen nur das eine, daß die Handlung, die Körperbewegung, die den Erfolg nach sich zieht, an sich gewollt sei. Aber dies wiederum genügt offenbar nicht. X giebt seinem Vater ein was der Arzt verschrieben hat, was aus der Apotheke als Medicin geschickt ist. Er weiss nicht und kann nicht wissen daß, durch das Versehen eines Apothekergehülfen, tödliches Gift in die Flasche gekommen ist. X wirkt hier handelnd mit zum Tode seines Vaters, all seine Bewegungen die diesen Erfolg herbeiführen sind gewollte. Und doch ist er kein Mörder, weil keine directe geistige Beziehung zwischen ihm und dem eingetretenen Erfolge besteht.

So müssen wir diese beiden Auslegungen der versuchsweise aufgestellten Antwort, der Thäter solle den Erfolg wollen, fallen lassen. Wir mögen darum die Antwort selbst noch nicht aufgeben, vielleicht daß sie in anderer Weise zu rechtfertigen ist. Freilich ist „einen Erfolg wollen" etwas anderes als „eine Handlung wollen"; der Wille, wie wir gesehn, kann nie allein Ursache des Erfolgs sein. Doch der gemeine Sprachgebrauch anerkennt auch jene Ausdrucksweise, wir sagen: „ich will reich werden", „ich will Brod

§ 19. haben", „ich will den Tod des P." In all diesen Fällen ist das gewollte keine Handlung, sondern ein Erfolg. Dem Worte „wollen" ergeht es eben nicht anders als dem Worte „Handlung", es wird in verschiedenen Modificationen gebraucht, ohne daß gewöhnlich die es gebrauchen dieser Verschiedenheiten sich selber klar bewusst werden. Wenn man im gemeinen Leben sagt, man wolle den Erfolg einer Handlung, so bezeichnet dieser Ausdruck meist, daß man den Erfolg erwartet und wünscht, oder etwas genauer zu sprechen, daß man ihn vorhersieht und billigt. Uebertragen wir diese Auffassung auf unsere Antwort. Damit ein Verbrechen anzunehmen sei, muss der Thäter den betreffenden Erfolg vorhergesehn und gebilligt haben. Einwendungen, wie sie gegen die früheren Auslegungsversuche auf der Hand lagen, machen sich hier nicht so bald geltend. Nehmen wir, indem wir vorläufig die Begründung aussetzen, diese Beantwortung inzwischen als richtig an, und prüfen wir näher, was hiernach von geistigen Voraussetzungen zu verlangen sei, um ein Verbrechen anzunehmen.

Die eigenen Bewegungen, die den Erfolg bewirken, soll der Thäter gewollt haben; auch den Erfolg soll er gewollt d. h. vorhergesehn und gebilligt haben. Wir erfordern also: wollen der Handlung, vorhersehn und billigen des Erfolgs. So gefasst aber ist unser Ausspruch nicht scharf. Wer eine Handlung will und deren Erfolg vorhersieht, der billigt allemal auch den Erfolg, billigte er ihn nicht so würde er die Handlung, die wie er sieht den Erfolg bedingt, nicht wollen; indem er handelt drückt er thatsächlich seine Billigung aus. Ueberflüssig also ist es, das billigen des Erfolgs besonders hervorzuheben. Der Verbrecher soll Handlung und Erfolg gewollt haben, das heißt mit andern Worten: er soll die Handlung gewollt und den Erfolg vorher gewusst haben. Wo dieses beides zusammentrifft, bedarf es einer besonderen Billigung des Erfolges nicht.

Ob diese Antwort aus inneren Gründen zu rechtfertigen ist? § 19.
Auf den Misbrauch der Freiheit auf die Schuld haben wir die Strafe zurückgeführt. Misbrauch ist es wenn die Kräfte, die dem Staate untergeordnet sind, wider diesen gebraucht werden, daß ihr Gebrauch Erfolge nach sich zieht, welche dem Wesen des Staates zuwiderlaufen. So zeigt sich der Misbrauch äusserlich. Aber nicht überall wo diese Erscheinung ins Leben tritt, wo durch staatsuntergebene Kräfte staatswidriges gewirkt wird, liegt Misbrauch der Freiheit vor. Dieselben Wirkungen können von denselben Kräften auch unfrei hervorgerufen werden. Im Begriff der Freiheit liegt die Möglichkeit der Wahl. Sind jene Kräfte ohne Wahl bewegt, so sind sie unfrei bewegt. Von einer Wahl aber kann wiederum nur da die Rede sein, wo der Wählende weiss was er wählt. Freiheit ist ohne sehn und wissen undenkbar; freilich ein Wort das wir in den verschiedenartigsten Weisen gebraucht zu sehn gewohnt sind.

Der Gebrauch unserer Freiheit setzt ein Wissen voraus, wenn auch ein beschränktes, wie unsere Freiheit selber nur beschränkt ist. Das Ich soll entscheiden aus sich selber heraus, die Entscheidung aber reicht nicht weiter als das Auge. Was ich nicht sehe, was ich nicht weiss, für das kann ich mich nicht entscheiden. Ich kann mich entschieden haben, frei gewählt haben dasjenige was mit jenem unlösbar verknüpft war, was darum das nicht gesehene zur Folge haben musste; aber ich habe dann auch diese Folge selber nicht frei gewählt, für das mir unbekannt gewesene angeknüpfte mich nicht entschieden. Aus der Urne zieht der Spieler das Loos. Wie weit ist seine Wahl eine freie? Daß er das Papierstückchen das so ausgesehn, so sich angefühlt hat zu seinem Loose gemacht hat, so weit. Die Nummer schon hat er nicht gewählt, wenn er sie nicht kannte ehe er zog, ebensowenig kann er den Gewinn oder die Niete gewählt zu haben scheinen. — Verfolgt in der Nacht springt der Dieb über die Mauer wo er sie zuerst ersteigbar findet, er springt

§ 19. ohne zu sehn wohin. Daß er über die Mauer fortkommt niederspringt, ist ein Act der Freiheit, er könnte auch diesseits oder oben bleiben, den Verfolgern sich sofort ergeben denen er doch nicht entgehen wird; aber daß er auf die Hundehütte springt, durch das morsche Dach hineinfällt in der Dunkelheit schon von den Brettern gefangen vom Hofhund so derb ins Bein gepackt wird daß an eine weitere Flucht nicht zu denken ist, das ist wahrlich nichts freigewähltes, obgleich es die nothwendige Folge des gewählten war.

Bei Verbrechen liegt es nicht anders. Der Sohn, der dem Vater statt Medicin tödliches Gift gegeben, ist kein Mörder; wir sagten weil keine directe geistige Beziehung zwischen ihm und dem eingetretenen Erfolge bestanden. Diese geistige Beziehung, die unerlässlich ist, damit eingetretene Erfolge zum Verbrechen gezogen werden können, hat sich jetzt dahin bestimmt, daß sie als Vorhersehn oder Vorwissen des Erfolgs zu bezeichnen ist. Also darum ist der Sohn unschuldig weil er den Tod des Vaters als Folge seiner Handlungen nicht vorhergesehn, hätte er gewusst daß die Scheinmedicin Gift ist tödten wird, er wäre ein Mörder. So aber hat er den Erfolg nicht gewählt, unwissend hat er genommen was ihm geboten wurde, unfrei hinsichts des Erfolgs hat er gehandelt. Da der eingetretene Erfolg kein Product der freien Thätigkeit, oder der thätigen Freiheit ist, so kann auch kein Misbrauch der Freiheit, keine Schuld vorhanden sein.

In anderen Fällen wo wirklich Verbrechen vorliegen, bestimmt das Wissen oder Vorhersehn die Grenze der Schuld. Zwei Bäuerinnen sind einer Dirne gram, die ihnen wie sie glauben manches zu leide gethan hat. Also haben sie sich verabredet bei günstiger Gelegenheit sich zu rächen, ihre Fäuste sollen ihnen helfen, Schläge Stöße soll sie bekommen, auch ein paar Haare mag es kosten. Die Gelegenheit findet sich, die Dirne unterliegt den älteren beiden bald und wird nun bedient, wie andere

auch wol schon manches mal ohne erheblichen Schaden zu leiden. § 19.
Sie aber ist schwanger und in Folge der brutalen Behandlung und der Aufregung geht ihr die Frucht ab. Kein Zweifel daß die Bäuerinnen die um die Schwangerschaft nicht gewusst und diesen Erfolg nicht vorhergesehn haben, auch der Abtreibung nicht schuldig sind. Nur so weit wie die Voraussicht geht die Schuld, nur die vorausgesehenen Erfolge können dem Thäter, durch dessen Handlungen sie herbeigeführt sind, als verbrecherische zugerechnet werden.

Ein Wissen also, Voraussicht des Erfolgs, erfordern wir neben dem Wollen das die Handlung erzeugt, als zweites inneres Element des Verbrechens. Dabei ergeben sich die Fragen ob wir von den beiden gedachten Elementen nichts nachlassen können, so dann ob beide zusammengenommen überall ausreichen, oder ob wir noch mehre Verbrechenselemente gleicher Art aufzufinden haben.

Daß ein Verbrechen auch da anzunehmen wo die Handlung des Thäters nicht gewollt, also eigentlich keine Handlung ist, oder wo die Erfolge von demselben in keiner Weise vorgesehn sind, das wird, wenn wir die fahrlässige Vergehung vorläufig ausschliessen, so leicht niemand behaupten mögen. Nicht so leicht kommen wir über die zweite Frage. Genügt es zur Schuld, zur vollen Schuld, dolus nicht culpa, daß der Thäter die Handlung gewollt und den Erfolg soweit er zum Begriff des Verbrechens gehört vorhergesehn? Ich behaupte es und stütze mich darauf daß in allen so gearteten Fällen ein Misbrauch der Freiheit vorliegt. Dagegen aber dürften sich allerlei Einwendungen machen die sorgfältig geprüft werden sollen (vergl. § 21, 22). Vorläufig mag die Richtigkeit unserer Auffassung noch vorausgesetzt und kurz gefolgert werden was aus ihr für das Strafrecht sich ergeben würde.

Die praktischen Consequenzen sind im allgemeinen nicht schwer

§ 19. zu entwickeln. Wie wir schon gesehn haben daß der Thäter überhaupt willensfähig sein und die betreffende Handlung gewollt haben müsse, so sagen wir jetzt der Thäter müsse im Augenblick der Handlung auch mit einem gewissen Erkenntnisvermögen begabt gewesen sein, und von diesem gerade den Gebrauch gemacht haben, die verbrecherischen Folgen seiner Handlung vorherzusehn. Wir erfordern also bei dem Verbrecher die Fähigkeit zu wollen, und die Fähigkeit zu wissen welche Folgen seine Handlungen haben können, und dazu daß derselbe bei dem Verbrechen von beiden Fähigkeiten wirklich Gebrauch gemacht habe. Die eigenen Bewegungen müssen durch den Willen bestimmt, die verbrecherischen Folgen von dem Handelnden erkannt worden sein.

---

§ 20.

Die Beschaffenheit des Wissens. Rechtskenntnis.

§ 20. Wenn wir das für die criminalistische Imputation wichtige Vorhersehn, Vorauswissen des Erfolgs, uns zu klarer Anschauung bringen wollen, so haben wir zuerst eine Frage zu berühren, die, so leicht sie sich theoretisch erledigt, wol angethan ist der praktischen Behandlung Zweifel zu erregen. Wir sagen der Thäter soll den Erfolg vorhersehn. Wie soll er denselben vorhersehn? als möglich oder als nothwendig? Die Entscheidung liegt nahe, wenn man bedenkt daß der Mensch überall zukünftiges nicht mit voller Bestimmtheit vorherzusehn vermag, daß also ein als nothwendig vorhersehn die menschlichen Kräfte stets übersteigt. Wer nur da Verbrechen annehmen wollte, wo der Handelnde den Erfolg mit absoluter Gewisheit vor sich gesehn, der würde menschliche Handlungen nie als Verbrechen betrachten können. Indessen ist andererseits unleugbar daß wenn auch niemand die nächsten Folgen seiner

Handlungen völlig bestimmt erkennt, doch viele sich einbilden solche § 20.
Folgen sicher erkennen zu können. Man dürfte versucht sein die obige Frage demgemäß umzustellen: ob es auf die subjective Meinung ankommt? nicht ob der Verbrecher die Nothwendigkeit erkannt, sondern ob er sie zu erkennen vermeint habe, sei festzustellen. Mit andern Worten: ob das Verbrechen den Wahn erfordere, daß der Thäter die Nothwendigkeit des Erfolgs vorherzusehn glaube, oder ob schon das bloße Voraussehen der Möglichkeit strafbar sei? Die so gewandte Frage trägt die Entscheidung in sich. Wer richtig erkennt kann nie in jenem Wahne befangen sein, könnte mithin nie ein Verbrechen begehn, wenn wirklich dieser Wahn zu den Voraussetzungen des Verbrechens gehörte. „Du hast das Gewehr abgedrückt, dessen Kugel den Gajus getödtet hat." Gewis, aber ich wusste auch, daß vielleicht der Schuss versagte, vielleicht die Kugel den G. gar nicht träfe oder ganz unerheblich verletzte, kurzum ich wusste es gab tausend Möglichkeiten G. zu retten, der Tod des G. war eine mögliche aber nichts weniger als sichere Folge meiner Handlung. Welcher Richter möchte dies als Entschuldigung gelten lassen?

Zum Begriff des Verbrechens gehört also weder daß der Verbrecher den Erfolg als nothwendig vorhergesehn, noch daß er ihn als nothwendig vorherzusehn geglaubt hat. Doch ist nicht zu bestreiten daß ob der Thäter die Möglichkeit des Erfolgs für eine nähere oder fernere, den Erfolg selber für mehr oder weniger wahrscheinlich oder unwahrscheinlich gehalten hat, bei der Beurtheilung des Verbrechens in Rechnung zu ziehen ist, wenigstens bei der Frage nach dem Maß der Strafe. Könnte der Mensch je wissen daß seine Handlungen bestimmte Folgen haben müssen, so wären wol zwei Kategorien der Verbrechen anzunehmen, und die, bei denen nur die Möglichkeit des Schadens vorgesehn, bildeten die niedere Klasse. Aber da überall der Handelnde nur sieht was eintreten

§ 20. kann, so ist die Gattung des Verbrechens dieselbe, mag der Erfolg nah oder fern zu liegen geschienen haben, nur daß die verwirkte Strafe in einem Falle größer sein mag als im anderen.

Zu theoretischen Zweifeln giebt gerade dieser Theil unserer Untersuchung wenig Anlass, die praktische Durchführung aber dürfte auf Widerspruch stoßen. Ich will Fälle anführen, denen ähnliche vorgekommen sind. Ein Kriegsschiff liegt in nicht unbeträchtlicher Entfernung von der nicht feindlichen Küste. Eine geladene Kanone soll abgefeuert werden. Der Officier, der dies Geschäft zu leiten hat, nimmt auf der Küste einen Punkt wahr, den er durch das Fernrohr als einen Menschen erkennt. Auf diesen Punkt lässt er das Geschütz richten und abfeuern. Und die Kugel tödtet den, der dem Manöver als Zielpunkt dienen musste. — Die Frau trinkt Schnaps, ihre Flaschen stehn in einem Schrank in des Mannes Zimmer. Der Mann braucht zu einer Arbeit eine giftige Auflösung, die etwa schmeckt wie Schnaps und in einer gewöhnlichen Schnapsflasche enthalten ist. Er stellt diese Flasche in den gedachten Schrank. In seiner Abwesenheit trinkt die Frau von dem Gift und stirbt. — Es scheint daß unsere Theorie dahin führen muss in beiden Fällen vorsätzliche Tödtungen zu erkennen, wogegen die Praxis wenig geneigt sein dürfte mehr als Fahrlässigkeit anzunehmen. In anderen Fällen könnte der scheinbare Gegensatz der hier vertretenen Meinung zu dem was man gemeiniglich für richtig hält, noch schärfer hervortreten. Die Mutter, die den Säugling auf die Straße trägt, sieht vorher daß dem Kinde ein Ziegel auf den Kopf fallen, der Vater, der den Sohn ausschickt, weiss daß er vom tollen Hunde gebissen werden kann. Mutter und Vater wären wegen doloser Tödtung oder Verletzung ihrer Kinder zu strafen, wenn diesen wirklich derartiges Unglück zustößt. Das scheint von unsern Principien aus consequent zu sein, und dürfte doch den meisten schlecht gefallen; ähnliche noch seltsamere

Consequenzen aber lassen sich leicht erdenken. Diese Consequenzen § 20.
beweisen aber doch nicht so viel wie sie zuerst zu beweisen scheinen mögen. Gewisse Milderungen sind auch mit dem aufgestellten Princip nicht unvereinbar. Wir werden nachher hierauf zurückkommen.

An die Frage aber, ob das Wissen ein Vorhersehn der Möglichkeit oder der Nothwendigkeit, reiht sich die andere Frage, ob zu begehren daß das Vorhersehn ein ganz klares und bestimmtes sei, so daß das Bild, das der Handelnde von den Folgen seiner Handlung sich gemacht scharf gezeichnet sein und mit der nachfolgenden Wirklichkeit in allen Details übereinstimmen müsse? Es liegt auf der Hand daß auch diese Frage zu verneinen ist. Solch scharfes bestimmtes Voraussehen der Zukunft kommt dem menschlichen Auge so wenig zu wie das Vorhersehn einer Nothwendigkeit. Wir müssen also ein mehr oder weniger unklares und unbestimmtes Voraussehn als genügend annehmen. Man fühlt sich gedrängt nach präciser Definition der Voraussicht zu suchen, die für den Dolus maßgebend sein soll; aber das unbestimmte Voraussehn kann immer nebelhafter werden, endlich unvermerkt in das Nichtvoraussehn übergehn. Nach unseren Principien müssen wir das Dasein der Schuld behaupten bis dahin, wo wirkliches Nichtvoraussehn eintritt. X beabsichtigt den N zu verletzen, er haut ihn mit einem Knüppel über Kopf und Arme. Die Strafbarkeit des X hängt nicht davon ab, daß er die Resultate seiner Handlungen die bleibenden Spuren der Verletzungen des N im Geiste genau vorhergesehn, auch nicht davon daß er voraus gewusst wie viele Tage lang N arbeitsunfähig darniederliegen werde. Nur Folgen, die in dem Bilde, das X sich gemacht hat, gar keinen Platz finden, können auch, soweit es sich um die Bestrafung des vorsätzlich gethanen handelt, nicht mit in Rechnung gezogen werden.

Wie kein genaues Bild der endlichen Erfolge erfordert wird,

§ 20. so kommt auch darauf nichts an, daß der Verbrecher genau erkannt habe wie diese Erfolge mit seinem Handeln zusammenhangen, sondern nur daß er überhaupt weiss, das Handeln könne solche Erfolge herbeiziehen. X vergiftet den S, er weiss nicht ob sein Gift auf die Nerven oder ob es auf Magen und Eingeweide wirkt, nicht welche Krankheitserscheinungen das Eintreten des Todes vermitteln müssen. Oder, wenn X den S erschiesst, so weiss er nicht welche inneren Theile seine Kugel verletzen, und welches Theils Verletzung den Tod bewirken wird. Wo nicht eine sondern mehre Handlungen den verbrecherischen Erfolg nach sich ziehn, sollen wir hier verlangen daß der Verbrecher das Verhältnis je des einzelnen Aktes zu diesem Erfolge durchdrungen habe? Also bei dem Giftmörder wie viel die erste, die zweite, die dritte u. s. w. Dose schade? welche endlich die tödliche sei? oder bei dem Räuber mit welchem Hiebe des Säbels er den Angefallenen zu Tode verletzen werde? Auch hier müssen wir uns offenbar an dem bald mehr bald weniger klaren Gesammtthatbewusstsein genügen lassen. Dem Thäter ist der letzte entscheidende Erfolg nicht unvorgesehn, und er erkennt ihn als möglichen Erfolg seiner Handlungen schon bei diesen Handlungen; mehr ist nicht zu erfordern. Und hat der Verbrecher das Verhältnis seiner Gesammthandlung zum Erfolge im ganzen richtig erkannt, so wird seine Schuld auch dadurch nicht gemindert, daß er im einzelnen nicht blos unklar sieht, sondern auch falsches annimmt. Z glaubt daß Blausäure auf den menschlichen Körper gerade so einwirke wie Arsenik, in dem Glauben benutzt er Blausäure zur Vergiftung. Y glaubt mit dem vierten Pulver den Tod des O entschieden zu haben, aber die tödliche Dose war schon die dritte; oder ist gar erst die fünfte, die Y vielleicht nur gegeben um das übrige Pulver ohne Verdacht verbrauchen zu können. X hat den L wiederholt mit der Axt auf den Kopf geschlagen, wie er am kräftigsten ausholt denkt er „der soll dir den Garaus machen";

aber ein schwächerer Hieb auf die gefährlichere Stelle hat den Tod § 20.
bewirkt.

Nicht ganz selten und in neuerer Zeit vielbesprochen sind Fälle wo X tödten wollte und getödtet hat, aber die Handlung, die den Tod geben sollte, hat nicht getödtet, sondern eine andere aus anderer Absicht geflossene; sei es daß X den Verdacht eines Selbstmords erregen, oder den Getroffenen unkenntlich machen, oder den Leichnam bei Seite schaffen wollte. Die moderne Doctrin glaubt sich am Ziele wenn sie in derartigen Fällen eine Verbindung von doloser versuchter und vollendeter culposer Tödtung annimmt (s. Berner Imputationslehre S. 193 f., vergl. Osenbrüggen Abhandl. II § 11; unserer Auffassung steht näher Köstlin Syst. § 75), die Gerichte aber haben meist wegen doloser vollendeter Tödtung gestraft. Die Auffassung der Gerichte ist nicht durch eine Praesumtion des dolus sondern nur durch Nachweis des wirklich vorhandenen dolus zu rechtfertigen. Den Theoretikern mögen wir zugeben daß Fälle vorkommen können, wo an einem Betroffenen von demselben Thäter erst ein Mord versucht und dann eine culpose Tödtung verübt wird; diese Complication aber ist weit seltener als man anzunehmen pflegt.

Nach gewöhnlicher Anschauung ist die Absicht das entscheidende. Ist gerade die Handlung welche den Tod herbeigeführt nicht aus speciell tödlicher Absicht geflossen, so wird die dolose Tödtung in Abrede gestellt. Daß die Bedeutung der Absicht überhaupt hiebei überschätzt wird ist in den folgenden Paragraphen zu entwickeln. Die Inconsequenz der gegnerischen Anschauung dürfte sich aber auch jetzt schon darlegen lassen. Zwei Bauern haben eine gemeinschaftliche Wiese. Heute mähen sie und setzen das Heu in zwei Haufen zusammen, der rechts soll des A sein der links des X. In der Nacht spannt X an, das Heu des A heimlich auf seine Scheuer zu fahren; den andern Morgen will er das ihm selber

§ 20. eigenthümlich zugehörende einholen. Durch einen Irrthum lädt er in der Nacht sein eignes Heu auf; am Morgen, wo er im guten Glauben ist das eigne Heu zu nehmen, das fremde. Gerade diesen Fall wähle ich, weil über das Requisit der Absicht bei dem Diebstahl kein Streit sein kann. Und wie sollen wir entscheiden? Versuchter Diebstahl am untauglichen Object und unschuldiges Vergreifen am fremden Eigenthum? oder, vollendeter Diebstahl? Dem Fall steht ein anderer sehr nahe. Ein Arzt hat zwei Kranke im Spital, was dem O helfen kann würde den Tod des P herbeiführen. Der Arzt ist bestochen den P zu vergiften, und verschreibt beiden Kranken sehr ähnliche Medicinen. Durch ein Versehen wird die dem O bestimmte dem P gereicht, und andererseits die des P dem O. P stirbt. Wer von den Gegnern consequent sein wollte, der müsste auch hier versuchten Mord und culpose Tödtung annehmen, aber dann auch noch einen Schritt weiter gehn. X will den O und den P vergiften. Für beide verschreibt er Gifte, und wieder wird dem O gereicht was dem P bestimmt war und umgekehrt. Beide vergiftete O und P sterben. Die Handlung des X, die den Tod des O zu bewirken bestimmt war, hat den Tod des P nach sich gezogen den X bei dieser Handlung nicht beabsichtigte, und ganz ebenso ist O durch eine Handlung des X getödtet worden bei welcher dieser diesen Erfolg nicht beabsichtigte. Nach dem früheren müsste auch hier wieder das Dasein zweier Giftmorde geleugnet und ein Zusammentreffen von zwei versuchten mit zwei culposen Tödtungen behauptet werden.

Diese Fälle sind den vorher berührten darum nicht ganz ähnlich weil hier verschiedene Objecte von den Erfolgen der einzelnen Handlungen berührt werden; aber im wesentlichen stehn sie ihnen dennoch gleich. Hier wie dort ist ein gewisser Totalerfolg mehrer Handlungen eines Thäters von diesem so wie er eintritt im ganzen richtig vorhergesehn, respective beabsichtigt worden; aber den

Zusammenhang zwischen den einzelnen Handlungen und den Spe- § 20.
cialerfolgen, die in den Gesammterfolg aufgehn, hat der Thäter nicht ebenso richtig erkannt, daher auch die Absichten desselben zwar sämmtlich durch die Gesammtheit der Erfolge, aber nicht speciell durch die Erfolge derjenigen Handlungen erfüllt sind, welche sie provocirt haben. Die Frage bei beiden Klassen von Fällen ist: können wir dem Thäter die Masse der Erfolge zurechnen, weil er sie so als Masse, als Gesammterfolg seiner einzelnen Handlungen vorhergesehn hat, oder hört die Zurechnung auf, weil nicht bei jeder einzelnen Handlung der Einzelerfolg richtig vorerkannt ist? Ich nehme die Zurechnung an, weil ein völlig sicheres und scharfes Erkennen des Zukünftigen, und des Zusammenhangs in dem das Gegenwärtige mit diesem Zukünftigen steht, den Menschen überall nicht eigen ist und wir also auch bei dem Verbrecher nicht mehr erfordern dürfen, als ein im allgemeinen richtiges Vorhersehn. Die entgegengesetzte Annahme würde zu den angedeuteten widersinnigen Consequenzen drängen, daß wir den nicht als Mörder strafen könnten, der zwar die Absicht zu tödten gehabt hat und ausgeführt hat, durch eine Anzahl von Hieben die er dem andern beigebracht, aber bei dem eigentlich tödlichen Streiche nicht das Bewusstsein und also auch nicht die Absicht gehabt hat durch gerade diesen zu tödten.

Die Möglichkeit eines Zusammentreffens des Versuchs und culposer Vollendung der Tödtung oder ähnlicher Vergehen ist wie gesagt nicht in Abrede zu stellen. Diese Verbindung ist aber nur da anzunehmen, wo der Thäter keinen Ueberblick über den Gesammterfolg haben konnte, weil er auch die Menge seiner Handlungen nie als Einheit übersehn, vielmehr die einen erst beschlossen hat als die andern schon begangen waren. Wenn also Z beschlossen hat den F durch einen Schlag auf den Kopf zu tödten dann aufzuhängen um den Schein des Selbstmords zu erregen, und F stirbt

§ 20. in Folge des Hängens, so ist Z als Mörder zu strafen. Und wenn G den H am abgelegenen Ort anfällt mit der Aussicht den Leichnam des Erschlagenen in den Fluss werfen und so jede Spur der That verwischen zu können, und dann den ohnmächtigen den er für todt hält in den Fluss wirft wo er ertrinkt, so treffen auch hier nicht Versuch und culpose Tödtung zusammen, sondern es liegt einfach ein Mord vor. Z und Y haben die Gesammtheit der Erfolge ihrer auch zusammenbedachten Handlungen richtig vorhergesehn, und nur das Verhältnis der einzelnen Bewegungen zu dem Zusammentreten des Gesammterfolgs nicht genau erkannt. Anders wenn dem X, vielleicht erst im Kampf mit K, der Gedanke kommt diesen zu tödten, ohne vorher je was weiteres er dann mit dem Körper des K machen könne überlegt zu haben, und wenn er dann, nachdem die erste Handlung völlig abgeschlossen und nach Meinung des X der Erfolg derselben der Tod des K bereits eingetreten ist, einen neuen Entschluss fasst den K in den Abgrund zu werfen und so den Mord zu verbergen. Ich will zugeben daß in solchem Falle Versuch nebst culposer Tödtung anzunehmen sei, aber nicht zuzugeben ist, wovon später ausführlich zu handeln sein wird, daß ein solcher Complex des Versuchs und culposer Vollendung stets milder zu strafen sei als die dolose Vollendung. Man denke z. B. daran daß im Kampf X den K so verletzt haben kann daß dieser nach längstens einer Stunde sterben muss, doch vor Ablauf der Stunde stürzt X den regungslosen Körper den er für todt hält in den Abgrund, und dieser Sturz tödtet den K augenblicklich. Daß durch solche Behandlung des todtgeglaubten Körpers die Schuld und die Strafbarkeit des X verringert werde ist in keiner Weise zu vertheidigen.

Eine Frage, die leichter zu erledigen sein dürfte knüpft sich daran, daß wir bisher gesagt haben, der Erfolg müsse b e i der Handlung vorhergesehn sein. Ist hiebei streng zu beharren, oder

kann auch früheres und späteres Vorhersehn für die Zurechnungs- § 20.
frage relevant sein? Was zunächst das frühere Vorhersehn anlangt, so pflegt ein solches nicht ohne weiteres aufzuhören und wenn daher erwiesen ist daß ein solches Vorhersehn vor der That bestanden hat, so wird dasselbe gewöhnlich auch bei der That anzunehmen sein; natürlich dann nicht wenn das Aufhören des Vorhersehns durch Eintreten eines Irrthums oder andere Einwirkungen bewiesen werden könnte. Ein solches bei der Handlung schon völlig erstorbenes Voraussehn hat für die Beurtheilung dieser keine Bedeutung. Ebenso wird aus dem Vorwissen nach der Handlung oft auf das Voraussehn bei der Handlung geschlossen werden können; an sich aber ist auch das Vorhersehn des Erfolgs nach der Handlung für die Zurechnung ohne Bedeutung. Die Schuld kann nur durch die Handlung begründet, nicht nachträglich die schuldlose zur schuldvollen Handlung gemacht werden. Es wirft wer die glimmende Asche auf Stroh, oder in das Coupé des Waggons den er gleich darauf verlässt; bei dem Werfen sah er nichts von der Gefahr, er sah vielleicht gar nichts, wusste gar nicht daß die Asche dahin fiel, aber vor dem Aussteigen hat er wahrgenommen daß das Glimmen den Decken und Kissen sich mittheilt, sobald der Zug wieder anfährt wird die helle Flamme ausbrechen; und er thut nichts diesem Brande vorzubeugen. Die Handlung, die die erste Ursach gewesen, die Bewegung durch welche die feuerbringende Asche auf die Decken gefallen ist, wird durch diese nachträgliche Erkenntnis doch nicht zur schuldvollen, wol aber kann durch das spätere bewusste Nichtsthun ein Unterlassungsverbrechen begangen sein.

Nehmen wir jetzt den vorher abgerissenen Faden wieder auf. Wenn ich auf der einen Seite behaupte, daß zur Annahme voller Schuld ausser dem Wollen der Körperbewegungen regelmäßig nichts zu erfordern ist als das Vorhersehn der durch diese Bewe-

§ 20. gungen bewirkten Erfolge, (daß Absicht und ähnliches nicht zu den unentbehrlichen Elementen jedes dolosen Verbrechens gehört wird in den nächsten Paragraphen dargethan werden,) auf der andern Seite daß das durch die Voraussicht herzustellende Bild kein völlig scharfes genau in die Umrisse der Wirklichkeit passendes zu sein brauche, auch der Thäter nur die vielleicht entfernte Möglichkeit nicht Nothwendigkeit der betreffenden Erfolge vorauserkannt haben müsse, so bin ich auf den Vorwurf gefasst, daß meine Theorie den Begriff des Dolus ungebührlich ausweite: mein Dolus sei ein schrankenloses Etwas, das, wenn es wirklich als Consequenz der aufgestellten Principien sich ergebe, die Unbrauchbarkeit dieser Principien für das praktische Strafrecht erweise. Dagegen glaube ich, daß bei dem Versuche praktischer Anwendung die Beschränkungen, und zwar den Principien nicht widersprechende Beschränkungen alsbald sich ergeben würden, und daß der von mir angenommene Dolus, obgleich ich gewisse Umgrenzungslinien verworfen habe, doch keineswegs ein vager und verschwimmender Begriff ist, dessen Uebertragung in das Leben zu unrechtmäßigen Ausschreitungen führen müsste.

Ich könnte mich zunächst mit der Bemerkung vertheidigen, daß, wie wir schon wiederholt angenommen haben, der Staat die Bestrafung der Schuld, insbesondere der kleinen Schuld auch aussetzen dürfe, aus Nützlichkeitsgründen. Nun leuchtet so viel ein, daß je matter und unsicherer das Bild des verbrecherischen Erfolgs wird, und je geringer dem Thäter die Wahrscheinlichkeit ist daß dieser Erfolg eintreten werde, desto mehr die Schuld sich mindert bis endlich sie ganz zusammenschmilzt. Man muss einräumen daß bei jedem beliebigen äusseren Verbrechensbestande eine völlig allmäliche Modification der innern Momente von höchster Schuld bis zur Unschuld ohne jeglichen Sprung denkbar ist, durch welche eine ebenso gleichmäßige Verringerung der Strafbarkeit bis zur

Straflosigkeit bedingt wird. Wo hiernach der Dolus als ein klei- § 20.
ner nur wenig bedeutender erscheine, möge der Staat ihn über-
sehn, es sei zwar eine ideale Strafbarkeit anzuerkennen, der Staat aber in vollem Rechte diese ideale Pflicht nicht zu erfüllen. So richtig an sich dies ist, so ist doch für die Vertheidigung des in Frage stehenden Satzes hierauf weniger zu geben als auf anderes.

Praktisch wichtiger dürfte schon folgendes sein. Der Staat darf nicht blos sondern er muss, gezwungen durch die Mangelhaftigkeit seiner Construction und der Kräfte über die er gebietet, die Schuld unbestraft lassen die unbewiesen bleibt. Um die Anwendung der Strafe zu begründen muss die Voraussicht des Erfolgs nicht blos bei der That in dem Thäter gelebt haben, sondern sie muss so kräftig und wirksam gewesen sein, daß die Organe des Staats nachher im Stande sind, von ihrem Dagewesensein sich zu überzeugen. Diese Organe aber sind selber viel zu schwach und stumpf um ein ganz entferntes und nebelhaftes Vorwissen des Thäters mit Gewisheit entdecken zu können. Hat der Erfolg dem Thäter als ein naheliegender scharf umgrenzter vorgestanden, wie dies meist dann der Fall sein wird wenn X den A mit der Axt vor den Kopf schlägt, oder auf fünf Schritt Entfernung das Gewehr auf ihn abdrückt, da mag der Richter wol fähig sein von solchem handfesten Vorwissen sich zu überzeugen, aber wo wie in den vorhererwähnten Fällen der Erfolg nur ganz aus der Ferne ohne feste Umrisse sich gezeigt haben kann, dürfte menschlicher Scharfblick selten ausreichen um nachträglich zu entscheiden ob bei der That Thäter wirklich gesehn oder nicht gesehn habe. Auch das Geständnis kann dem Richter hier die Schuld nicht überall beweisen. Sonach muss die aus dem unsicheren das Ziel nur matt berührenden Vorhersehn fließende ideale Schuld auch darum unbestraft bleiben, weil der Richter über die Existenz dieser Schuld keine Gewisheit sich zu erwerben vermag.

§ 20. Bisher haben wir unsern Dolusbegriff selber keiner Einschränkung unterworfen, nur ausgeführt daß wenn man im praktischen Recht diesen Begriff zur Anwendung bringen wollte, doch die Folgen d. h. die Strafen des Dolus in vielen Fällen ausfallen dürften und würden, in welchen der ideale Dolus an sich vorhanden wäre, das Rechtsleben also ohne weiteres die allzuscharfen Consequenzen unseres Begriffs abstumpfen, und denselben so gestutzt und geschliffen für sich brauchbar machen würde. Es ist aber hierneben hervorzuheben daß der Dolusbegriff an sich doch auch kein so weiter ist, wie er nach dem vorhergehenden wol zuerst erscheinen mochte. Für den strafrechtlichen Dolus bestehn zwei Schranken, die keine aus den Principien sich ergebende Consequenzen abschneiden, vielmehr selber aus diesen Principien herzuleiten sind. Nicht jedes mit dem entsprechenden Wollen zusammentreffende Vorwissen ist strafbar, die Strafbarkeit, auch die ideale, wird bald durch andre mit dem Vorwissen concurrirende Momente bald durch die Natur des Vorwissens ausgeschlossen.

Der menschliche Geist vermag mehre Bilder zugleich uns vorzurücken, oder doch so rasch das eine an Stelle des andern zu setzen, daß wir gleichzeitig den Eindruck mehrer zu verspüren glauben und unter dem Einfluss mehrer zu handeln pflegen. Gewis ein seltener Fall daß ein einzig Bild längere Zeit hindurch allein uns vorsteht und allein unsere Handlungen bestimmt. So werden sich auch mit der Voraussicht eines möglichen schädlichen Erfolgs unserer Handlung meist andere Voraussichten verflechten, denen wir gleichfalls eine gewisse Herrschaft über uns einräumen müssen. Da der vorausgesehene schädliche Erfolg nur als ein möglicher erscheint, so werden wir daneben vielleicht noch manch andern ebenso möglichen vielleicht sehr nützlichen Erfolg unseres Thuns sehn können, und zugleich mögliche nachtheilige Erfolge des Nichtthuns entdecken. Wer so in der Voraussicht einer möglichen

Schädlichkeit seines Thuns, zugleich aber unter der Einwirkung § 20.
von anderen gleichberechtigten Bildern der möglichen Folgen des Thuns sowol wie des Unterlassens handelt, der handelt nicht immer dolos. Der Vater schickt den Knaben auf die Straße und weiß daß er vom Hund gebissen, vom Spitzbuben beraubt, vom Ziegel erschlagen werden kann; er weiß aber auch daß das ganze Lebensglück des Kindes davon abhängt, daß es rechtzeitig seinen eigenen Weg gehn lernt, daß das Kind geistig und körperlich verkommen muss wenn es fortwährend zu Hause gehalten wird, daß er selber wider das Gebot der Obrigkeit verstößt, wenn er den Sohn nicht in die Schule gehn lässt. In dem Handeln des Vaters kann unter solchen Umständen niemand eine Auflehnung wider den Staat, Misbrauch der Freiheit sehn wollen. Also trotz der Voraussicht des schädlichen Erfolgs kein Dolus. Wir wollen noch ein Beispiel betrachten, weil man meinen könnte das Hinausschicken des Sohns sei wol überall kein Verbrechen. Wenn die Mutter das neugeborne Kind nackt hinausträgt in den Schneesturm um es sterben zu lassen, so ist das ein Mord, bei dem nur aus Feigheit ein Mittel gewählt ist, das den Beweis eerschwrt. Und wenn dieselbe Mutter nicht um das Kind zu tödten, aber wissend wie Menschen wissen können daß das Kind so getödtet werden wird, gleichgültig gegen diesen Erfolg um Lust oder Verdienstes wegen wieder ebenso handelt, so ist dies gleichfalls ein Mord; daß die Absicht zu tödten nicht nothwendig zum Thatbestande des Mordes gehört, davon im § 22. Aber bei der gleichen Voraussicht und demselben Erfolge kann die Handlung auch völlig entschuldigt sein. Die Mutter sieht freilich vorher daß wenn sie ihr Kind so hülflos mit sich nimmt es aller Wahrscheinlichkeit das Leben verlieren wird, aber sie sieht weiter auch das vorher, daß was andres sie thun mag nicht mehr Hoffnung giebt das Leben des Kindes zu erhalten: trennt sie sich jetzt von ihm, so muss es gewis verkommen, bleibt

§ 20. sie bei ihm, da wo sie geboren hat, so ist auch keine Aussicht auf Rettung.

Also nicht jede Voraussicht eines schädlichen, den Staatsinteressen zuwiderlaufenden Erfolgs bedingt strafbare Schuld, nur die Voraussicht die je nach Lage der Umstände und Verhältnisse den Handelnden von der Handlung hätte abhalten sollen. Wann dies der Fall und wann nicht, darüber dürfte im allgemeinen keine völlig feste Regel sich aufstellen lassen. Es kommen hiebei zuviel verschiedene Momente in Betracht, die nicht im voraus sämmtlich zu berechnen sind. Es ergeht uns hiebei ähnlich wie den Civilisten beim Ausbau der Lehre von der Culpa. Diese müssen schliesslich ihre Zuflucht nehmen zu dem Begriff des diligens pater familias: die Nachtheile der Culpa hat der zu tragen, der im concreten Falle nicht wie ein dil. p. f. gehandelt hat. Aehnlich können wir sagen: wegen dolus strafbar ist derjenige, der trotz einer Voraussicht gehandelt hat, die einen guten und getreuen Staatsbürger von der Handlung abgehalten haben würde. Der „gute und getreue Staatsbürger" ist ein Nothbehelf, so gut und so schlecht wie der dil. pater familias.

Der Begriff desselben darf nicht idealisirt werden. Gleichwie die exacta und summa diligentia nur eine Sorgfalt bezeichnet, wie sie unter Menschen und zwar nicht blos in Ausnahmsfällen sich findet, so kann es auch hier nur um eine von wirklichen Menschen zu erwartende Pflichttreue sich handeln. Als Auflehnung wider den Staat kann nur die Verletzung von solchen Pflichten gestraft werden, die auch erfüllt werden von Menschen und zwar wiederum nicht blos in Ausnahmsfällen erfüllt werden. Wie große Pflichttreue zu erfordern sei dafür läfst sich kein allgemeines Maß angeben, je nach Verschiedenheit der Völker und Zeiten kann hier mehr verlangt werden als dort. Der „getreue Staatsbürger" ist ein Begriff, der sich je im andern Staate anders gestalten mag.

Aber auch für Einen Ort und für Eine Zeit ist der Begriff kein § 20.
ganz unwandelbarer, bei gleicher Pflichttreue kann A, der vielleicht Beamter ist, noch mehr davor sich zu hüten haben mit den Staatsinteressen in Conflict zu treten, als B dessen Stellung eine freiere ist.

Sagen wir daß nicht jede Voraussicht des üblen Erfolgs, nur die welche auf den guten getreuen Bürger hemmend gewirkt haben würde, Dolus ausmache, so ergiebt sich daß das Vorhersehn eines entfernten und unwahrscheinlichen Erfolgs, und ebenso das Voraussehn eines Erfolgs von dem man nur ein ganz unsicheres Bild sich machen kann, nicht häufig als Dolus erscheinen werden. Dennoch dürfen wir hieraus keine festen Grenzen für die Wahrscheinlichkeit und Deutlichkeit des in den Dolus gehörigen Vorwissens herzuleiten versuchen. Eine objectiv bestimmte Grenze ist hier nicht vorhanden, alles hängt ab von der Individualität des handelnden Subjects und den Verhältnissen unter denen es handelt. Das Handeln troz der Voraussicht kann bei gleicher Schärfe und Wahrscheinlichkeit der Voraussicht bei dem einen, der auf nichts andres zu sehn hat, als Verletzung der schuldigen Pflichttreue erscheinen, bei dem andern, der neben den Folgen des Handelns nicht minder gefährliche Folgen des Unterlassens voraussieht, gerechtfertigt sein. Freilich je weniger scharf die Umrisse des Vorausgesehenen und je weniger wahrscheinlich das Eintreffen desselben ist, desto leichter wird eine solche Voraussicht durch andre Rücksichten unterdrückt werden können, nie aber lässt sich sagen: so wahrscheinlich muss der Erfolg sein, und so bestimmt das Bild das Thäter von ihm sich gemacht hat, um als Element des Dolus zu gelten, was weniger wahrscheinlich und bestimmt wäre könnte für den Dolus nicht mehr in Betracht kommen.

Dagegen lässt allerdings eine andre feste Grenze für die Beschaffenheit des zum Dolus erforderlichen Vorwissens sich ziehn, und man darf demgemäß aussprechen, daß ein Vorwissen, das

§ 20. nicht derartig sei nie Dolus ausmachen könne. Das Vorwissen muss nämlich ein vernünftiges sein, ein solches das uns die kommenden Erfolge nicht als nackte und für sich bestehende Thatsachen, sondern im Zusammenhange mit dem was sie weiter zu wirken vermögen zeigt, und so uns erkennen lässt welchen Werth und Bedeutung die die Erfolge hervorrufende Handlung überhaupt und insbesondere für den Staat habe dem wir angehören. Denn wenn wir zur Strafbarkeit erfordern daß der Thäter voraussehe wie seine Handlung dem Wesen des Staats widerstrebende Folgen nach sich zu ziehn vermöge, so müssen wir auch erfordern daß er nicht blos die Folgen seiner Handlung an sich vorauserkenne, sondern auch daß dieselben den Anforderungen des Staats zuwiderlaufen. Ohne dieses zweite Moment fehlte es an der bewussten Auflehnung wider den Staat, die sich als Misbrauch der Freiheit darstellt und den Grund der strafbaren Schuld abgiebt. Der Thäter muss also auch die Wirksamkeit und Bedeutung der von ihm hervorgerufenen Erfolge durchschauen; ein Vorhersehn das nicht blos durch das Arbeiten der Phantasie, Vorrücken eines Bildes vor das geistige Auge bewirkt werden kann, sondern zugleich ein Beurtheilen des Inhalts dieses Bildes und ein Verknüpfen des Einzelnen mit dem Allgemeinen voraussetzt, wie dies allein der Vernunft möglich sein dürfte.

Was wir hier aus der Definition der Schuld entwickelt haben findet seine Bestätigung wenn wir auf Fälle aus dem täglichen Leben sehn. Ein Wahnsinniger hat dem schlafenden Zimmermann mit dem Beil den Kopf abgehackt. Er ist nicht so völlig gestört, daß er den Tod des Mannes nicht vorausgesehn hätte. Aber die Bedeutung des Todes eines Menschen vermag er nicht zu beurtheilen, er hat wol die Folge seiner Handlung aber nicht das Verhältnis der Folge zur allgemeinen Staatsordnung erkannt. Ein Kind das Feuer anmacht kann das Ausbrechen der Flamme, viel-

leicht das Abbrennen des ganzen Gebäudes vorhergesehn haben, § 20.
aber es kennt den Werth und die Bedeutung dieses Ereignisses nicht; darum strafen wir das Kind so wenig wie den Wahnsinnigen. Vor wenigen Jahren hat sich in einem Dorfe der Provinz Sachsen folgender Fall ereignet. Ein Knabe von fünf Jahren wird von älteren geprügelt. „Wartet nur, wenn ihr in der Schule seid ersäufe ich euer Brüderchen." Die älteren Jungen gehen zur Schule, Stunden sind vergangen, in dem Hause wo der Säugling liegt ist gerade niemand anwesend, auch auf der Straße niemand. Da geht der Fünfjährige in das Haus, schleppt das Kind mit sich über die Straße an den Teich inmitten des Dorfes, und, wie er gesagt, wirft er das Kind ins Wasser, so daß es ertrinkt. Was hier zum Verbrechen fehlt ist wiederum nichts als die Erkenntnis welchen Werth der Tod eines Menschen habe. Wir strafen nicht, weil wir meinen der Knabe sei unzurechnungsfähig, und diese Unzurechnungsfähigkeit basirt darauf, daß dem Handelnden das Urtheil über den Werth der vorausgesehenen Folgen seiner Handlungen abgeht.

Ueberhaupt dürfte die Unzurechnungsfähigkeit als dauernder Zustand meistens auf gerade diesem Mangel des Erkenntnis- oder Urtheilsvermögens beruhen. Unzurechnungsfähig ist wer überall seinen Körper nicht nach seinem Willen zu bewegen vermag: aber in seltensten Fällen begegnen wir dieser Unzurechnungsfähigkeit. Unzurechnungsfähig ist sodann wer die verbrecherischen Folgen nicht vorhersehn kann. Wer die Folgen an sich nicht sehn kann wird fast ohne Ausnahme auch nicht im Stande sein dieselben zu beurtheilen, wogegen die Fälle häufig sind, daß wer zwar die Folgen an sich vorauszusehn aber nicht sie richtig abzuschätzen vermag. Bei dem Zurechnungsfähigen kann die Zurechnung im einzelnen Falle oft dadurch ausgeschlossen sein, daß die folgenreiche Bewegung keine gewollte war, oder daß die eingetretenen Folgen keine vorherge-

§ 20. sehenen gewesen, aber der einen längeren Zeitraum erfüllende Zustand der Unzurechnungsfähigkeit wird kaum je ohne den besprochenen Mangel des Urtheilsvermögens auftreten, und gemeiniglich gerade hierin seinen vornehmsten Grund haben.

Sonach dürfte einleuchten wie viel auf dies richtige Vorauswissen der Bedeutung und Schwere verbrecherischer Folgen ankommt. Dem Richter so scharfe glatte Regeln zu geben, daß er gleichsam nur noch nach der Schablone zu arbeiten brauchte, vermögen wir auch hier nicht. Nicht nur die Folgen selber auch ihre Bedeutung, daß sie dem Staate widerstreben, soll erkannt sein. Das setzt einerseits Kenntnis der Folgen selber voraus, wie sie in dem Getriebe menschlicher Dinge zu wirken, welche Folgen sie wiederum weiter und weiter nach sich zu ziehn pflegen. Andererseits wird eine gewisse, wenn auch nur rohe Kenntnis von dem Wesen des Staats erfordert, was er wolle und anstrebe, was ihm hiebei zuwider gehe. Beide Arten des Wissens müssen so ausgebildet und entwickelt sein, daß sie einander berühren und ergänzen, die erkannten Wirkungen müssen als staatswidrige erscheinen, und es muss dem Thäter klar werden daß unter das dem Wesen des Staats Widerstrebende auch die möglichen Folgen seiner Handlung fallen könnten. Aeussere Kennzeichen, die das Dasein und den Grad der Entwicklung solches Wissens überall sicher bekundeten, giebt es nicht. Nur der Wissende, der die Folgen der Handlung wie er sie richtig voraussieht so auch richtig beurtheilt, ist zurechnungsfähig. Dies „richtig Beurtheilen" ist aber doch kein vollkommenes richtig Beurtheilen. Vollkommen richtig vermag kein Mensch den Werth der Folgen irgend welcher menschlichen Handlung zu beurtheilen. Nur ein annäherndes Erkennen des Richtigen ist auch hier wieder zu erfordern. Was ist annähernd richtig? wann entfernt sich dies von dem absolut Richtigen soweit daß es in das Unrichtige überfliesst? Der Mensch, der wie wir sagen etwas

richtig beurtheilt, urtheilt zum theil richtig, zum theil falsch; des § 20.
Falschen kann immer mehr werden, des Urtheilens selber immer weniger. Wir denken wol an zukünftige mögliche Thatsachen ganz ohne Urtheil, ob gut ob schlecht, ob heilsam ob schädlich dem Staate, wir sehen eben ein Bild ohne unsere Vernunft zu einem Urtheil anzuspannen. Wir können uns auch Menschen denken, deren Vernunft überall die Kraft zu solchem Urtheil abgeht. Zwischen ihnen und uns ist keine reine Scheidelinie zu ziehen, auch unser Urtheil ist kein vollkommenes, und jenen sprechen wir das Urtheil wol nur ab, weil es uns gar zu unvollkommen dünkt. Das eine kann dem vollkommenen näher das andre ferner stehn, zwischen beiden sind unendlich viele Schattirungen denkbar, jede scharfe Abtheilung wäre willkürlich, wie überall bei fliessenden Unterschieden. Es ist auch bei uns nur ein unklares Bewusstsein, wenn wir meinen dies oder jenes sei dem Staate schädlich oder gefährlich. Uns fehlt nicht blos der Maßstab zu bestimmen wie schädlich wie gefährlich, wir haben auch keinen vollständigen Ueberblick über das auszumessende: von den tausend Factoren, die in Rechnung zu ziehn wären, kennen wir nur die wenigsten. Aber wir dürfen auch nicht glauben mit den Mängeln unserer Erkenntnis uns stets entschuldigen zu können. All unser Wissen ist mit Glauben und Vermuthen gemischt, alles Erkannte beruht zum guten Theil auf nie zu beweisender Annahme, wir sehn durch dichten Nebel, den wir nicht bezwingen können, der unserem menschlichen Auge nie ganz weichen wird, aber wir sehn doch, auch das unklare Sehn ist ein Sehn, wir sündigen wenn wir ungeduldig es als reines Nichtsehn erfassen. — Das Urtheil über die Beziehung zwischen den verbrecherischen Folgen der Handlung und der staatlichen Ordnung beruht auf diesem durch Nebel sehn, unmerklich kann das Sehn in Nichtsehn übergehn, die Schuld reicht soweit wie das Sehn, mit diesem geht sie in die Nichtschuld über.

§ 20. Die Resultate: Das Vorhersehn, das der Dolus bedingt, ist nicht das Voraussehn der Nothwendigkeit des Eintretens eines Erfolgs noch braucht es ein scharfes Bild des fraglichen Erfolgs zu gewähren, im Gegentheil es genügt das Erkennen auch der geringen Möglichkeit und die entfernte Aehnlichkeit des Vorausgesehenen mit dem wirklich eingetretenen Erfolge. Dagegen muss das Vorauswissen ein vernünftiges sein, bei dem nicht blos staatswidrige Erfolge überhaupt vorausgesehn sondern gerade als staatswidrig erkannt sind. Es kann ferner überall nur dasjenige Vorauswissen in betracht kommen, das wenigstens soviel Bestimmtheit und Wahrscheinlichkeit besitzt, daß es unter den gegebenen Umständen für die Handlungsweise eines guten und getreuen Staatsbürgers maßgebend sein müsste; auch dieses Vorwissen aber kann nur dann zur Strafe führen, wenn es so kräftig erwachsen ist, daß es Spuren hinterlässt aus denen nachher sein Dagewesensein bewiesen werden kann; endlich aber ist es dem Staate zu verzeihn wenn er ein Vorwissen das auch diesen Ansprüchen genügt aus Nützlichkeitsgründen ungeahndet lässt.

Anknüpfend an die vorstehenden Ausführungen haben wir hier noch den Einfluss des Rechtsirrthums zu erörtern. Wie wir erfordern daß der Thäter die Folgen seiner Handlung als den Staatszwecken zuwiderlaufende erkannt habe, sollen wir ebenso verlangen, daß der Thäter wisse seine Handlung verletze eine Strafsatzung? Aus dem was früher über das Verhältnis des Strafrechts zur Strafgewalt und des Verbrechens zur strafbaren Handlung gesagt ist, ergiebt sich die Antwort hierauf. Das Strafgesetz macht nicht die Handlung strafbar die vor ihm unstrafbar gewesen, es erkennt nur schon vorhandne Strafbarkeit an. Schuld und Strafbarkeit bestehn vor dem Strafrecht; daher wäre es widersinnig wenn das Strafgesetz ein Requisit der Schuld annehmen wollte das vor dem Erlass des Gesetzes undenkbar gewesen wäre.

Wer die Berechtigung des Staats zum Strafen aus der Strafge- § 20.
setzgebung fliessen lässt, der muss die Rechtskenntnis zur Voraussetzung des Verbrechens machen, will er anders nicht auch den Unschuldigen strafen, wer aber die Strafbarkeit der Handlung als etwas von der Ausdehnung der Gesetzgebung unabhängiges betrachtet, kann auch die Rechtskenntnis nicht als Bedingung der Strafbarkeit erfassen. — Aber könnte der Gesetzgeber vielleicht sagen: nur die Schuld soll gestraft werden, die bei dem trotz der bewussten Gesetzwidrigkeit Handelnden besteht? Er könnte dies sagen, so gut wie er sonst oft sagt, daß nicht alles strafbare gestraft werden soll, nur das seinen Strafgesetzen entgegenlaufende. Es wäre wieder ein Verzicht auf ideal gebotene Strafübung; solchen Verzicht können die Umstände rechtfertigen, wie wir wiederholt anerkannt haben. Hier aber scheinen die Umstände den Verzicht nicht zu rechtfertigen, der vielmehr praktisch die allergrößten Inconvenienzen nach sich ziehn würde; und überdies ist der Verzicht nirgends ausgesprochen, vom alten gemeinen Strafrecht so wenig wie von den Deutschen Particulargesetzen.

Die Strafbarkeit einer Handlung wie sie vor dem Strafgesetz besteht, setzt auch nach erlassenem Gesetz die Kenntnis desselben bei dem Thäter nicht voraus. Damit ist nicht gesagt daß Rechtsirrthum oder Rechtsunwissenheit für die Beurtheilung der Strafbarkeit überall unerhebliche Thatsachen seien. Wer die Folgen, die er vorhersieht, als dem Gesetz widerstrebende erkennt, ist stets strafbar, wer den Gegensatz wider das Gesetz nicht erkennt kann gleichfalls strafbar sein, aber er kann auch unschuldig sein. Wer weiß daß seine Handlung mit ihren Folgen dem vom Staate ausgegangenen oder doch anerkannten Strafrechte zuwider ist, weiß auch daß er mit dem Staate überhaupt in Opposition tritt; Auflehnung, Misbrauch der Freiheit, wie wir zur staatlich strafbaren Schuld erfordern ist hier zweifellos. Den Fall zu zergliedern, wo jemand

§ 20. zwar im Widerspruch mit dem Strafgesetz aber dennoch dem Interesse des Staats gemäß seinen bürgerlichen Pflichten treu glaubt handeln zu müssen, mag der Spitzfindigkeit anderer überlassen bleiben. Wer aber nicht weiß daß er dem Gesetz zuwiderhandelt, der kann bald sehn bald verkennen wie sein Thun die Staatsinteressen bedroht. Also wo alle übrigen Voraussetzungen rechtlicher Strafbarkeit festgestellt sind, da ist bei der vorhandenen Rechtskenntnis die strafbare Schuld gewis, bei Rechtsunkenntnis auch die Schuld noch ungewis, abhängig davon ob der Thäter trotz der mangelnden Rechtskenntnis doch den Verstoß seiner Handlung wider die Staatszwecke erkannt hat oder nicht. Rechtsunkenntnis allein entschuldigt nicht, wol aber wenn sie mit der Unwissenheit daß die Handlung überhaupt staatswidrig sei zusammenfliesst; als nothwendige Voraussetzung dieser die Schuld ausschliessenden Unwissenheit ist die Rechtsunkenntnis von Bedeutung.

Einige Nebenfragen sind leicht entschieden. Welche Art der Rechtskenntnis in betracht komme? ob das Wissen um die Strafbarkeit der Handlung genüge oder ob auch ein Wissen der Strafart und des Strafmaßes erfordert werde? Die Rechtskenntnis ist von Bedeutung weil sie den Thäter zwingt die erkannten Folgen seiner Handlung für staatswidrige anzusehn, als solche müssen sie ihm erscheinen sobald Strafe, gleichviel welche gedroht ist. Damit ist die Antwort gegeben: die Kenntnis von Art und Maß der Strafe ist völlig indifferent für die Zurechnung. — Ist Rechtsirrthum von der einfachen Rechtsunwissenheit zu unterscheiden? Wesentlich ist daß der Thäter die Folgen seiner Handlung als dem Gesetz zuwiderlaufende nicht erkannt habe, die Folgen an sich hat er gesehn aber nicht daß das Gesetz hierauf sich bezieht. Warum er dies übersehn ist gleichgültig, ob er das Gesetz gar nicht gesehn, oder ob er es zwar gesehn, aber nicht auch daß es sich *hierauf* bezog, indem er in falschen Annahmen (Rechts*irrthum*) befangen dem-

selben vielmehr jenes Gebiet zugewiesen. Die in jedem Rechts- § 20.
irrthum steckende Unwissenheit ist für uns allein von Wichtigkeit. — Die falsche Subsumption des einzelnen Falles unter die Rechtsregel ist im Criminalrecht nicht anders zu beurtheilen als im Civilrecht. Aber auch hier ist sie nicht selten irrthümlich dargestellt worden, so z. B. von Savigny (System III S. 327). Die richtige Subsumption setzt voraus daß man gerade die Merkmale, die das Gesetz erfordert, bei dem concreten Falle herausfinde; die falsche Subsumption fliesst entweder daraus, daß man annimmt das Gesetz habe anderes im Auge verlange andere Merkmale als die wirklich erforderten, oder daraus daß man irrig bei dem Falle Merkmale annimmt wie sie das Gesetz erfordert, die aber in der That hier nicht vorhanden sind. Die falsche Subsumption kann also bald auf rechtlichem bald auf thatsächlichem Irrthum beruhen, und solchem Rechtsirrthume kommt gleiche Bedeutung wie jedem andern zu.

Leges ignorare non licet, im Anschluss an diesen Satz hat man wol zu der Fiction gegriffen daß alle gehörig bekannt gemachten Gesetze jedem Unterthan, auch dem subditus temporarius bekannt seien. Diese Fiction macht freilich der Praxis die Arbeit sehr leicht. Ueberall wäre daß der Thäter die Rechtswidrigkeit und somit auch die Staatswidrigkeit vorgesehner Folgen erkannt hätte von vornherein als festgestellt anzunehmen. Im Strafrecht hat ein solcher Satz, wo man dessen bedarf, wol Platz. Aber vergessen wir nicht daß dieser Satz, wie freilich mancher andere Rechtssatz auch, den Principien der Strafgewalt direct widerstrebt, indem er uns zwingt zu strafen auch wo keine Schuld vorhanden ist; daß der Satz also nur da zu dulden ist, wo er mit Rücksicht auf die äusseren Verhältnisse unentbehrlich ist. Glaubt ein Staat daß seine Richter unfähig sind zu ermitteln ob im concreten Falle der Thäter ein Bewusstsein gehabt davon wie die Folgen seiner Handlung zu den

§ 20. Staatsinteressen sich verhalten, so mag der Staat der Schwäche seiner Diener mit dieser Fiction wie mit anderem Nothbehelf zu Hülfe kommen; traut er ihnen etwas mehr zu, so darf er dies nicht mehr thun, der Grund, der den Verstoß wider die principgemäße Uebung der Strafgewalt allein rechtfertigen könnte, wäre fortgefallen.

Ist die Rechtskenntnis wenigstens zu praesumiren? Praesumptionen wie sie unserem Civilprocess eigen sind gehören nicht in den modernen Inquisitionsprocess. Wir forschen nach dem in Wahrheit vorhandenen und können hiebei die Resultate unserer Forschung nicht gleich dem Zufall in die Hand geben. Wo nur die Parteien Interesse an der Ermittelung der Wahrheit haben, kann der Staat sagen, wenn nicht das geschieht, dieses bewiesen wird, werde ich jenes als wahr annehmen. Aber wo er selber interessirt ist die Wahrheit zu finden, kann er nicht ebenso reden, er bände nur sich selber die Hände, und machte es sich unmöglich zu erreichen worauf er ausgeht. Dennoch werden gewisse Arten von Praesumptionen im Criminalprocess nie aussterben. Die Beurtheilung von Seelenzuständen nimmt hier den vornehmsten Platz ein, und für diese ist ein vollkommener directer Beweis kaum je möglich. Der Richter muss also schliessen und folgern, und hiebei vor allem die Erfahrung zu rathe ziehn. Was er bei den ersten zehn gefunden wird er bei dem elften unter übrigens gleichen Umständen voraussetzen. So wird er oft und mit Recht von Praesumptionen sich leiten lassen, aber diese Praesumptionen unterscheiden sich von den Praesumptionen des Civilrechts in vielem, vor allem darin daß der Richter an sie nicht gebunden ist bis zum Gegenbeweise, sondern sie fallen lassen kann sobald von irgend einer Seite her ihm ein Zweifel an der Richtigkeit für den besonderen Fall auftaucht. Was insbesondere unsere Fragen anlangt, so wird eine solche criminalistische Praesumption, daß der Verbrecher nicht blos das staats-

widrige sondern auch das rechtswidrige seines Begehens, sobald § 20.
er übrigens die Folgen vorhergesehn, erkannt habe, bei den meisten Richtern bald genug sich ausbilden. Wir wehren niemand schlechthin auf Grund dieser Praesumption in den meisten Fällen die Schuld anzunehmen, zumal ein anderer Beweis meist unmöglich sein dürfte. Der Richter soll sich fragen ob er als gewissenhafter Mann, nach dem was er in ähnlichen Fällen erfahren, überzeugt ist, X habe die fragliche Rechtskenntnis oder doch das Bewusstsein der Staatswidrigkeit gehabt. Aber der Richter soll zugleich die Augen offen haben, ob irgend etwas vermuthen lasse, X habe doch wol das Gesetz nicht gekannt. Und wenn er dergleichen findet, die Gründe können bald in der Bekanntmachung des Gesetzes bald in den persönlichen Verhältnissen des Thäters liegen, dann soll er die Frage nach der Rechtskenntnis sorgfältig erörtern. Muss er endlich annehmen X habe um das Gesetz nicht gewusst, dann ist weiter zu forschen ob nicht das wenigstens dem X zum Bewusstsein gekommen, daß die Handlung wenn auch vielleicht nicht verboten doch staatswidrig gewesen. Verneint er auch diese Frage, dann soll er freisprechen.

---

§ 21.

Ueberlegung. Absicht. Vorsatz.

Ob ausser dem Wollen und dem Wissen noch weitere Elemente § 21.
des Dolus anzuerkennen sind? Man dürfte an Ueberlegung (Vorbedacht) und Absicht denken.

Unter der Benennung Ueberlegung treffen wir zwei Begriffe, die nicht eben fern von einander liegen. Ueberlegung bezeichnet einmal den dem Affectwillen gegenüberstehenden Dolus, wo Wollen und Wissen im ruhigen besonnenen von keiner überwallenden

§ 21. leidenschaftlichen Strömung ergriffenen Menschen sich entwickelt haben. In diesem Sinne ist Ueberlegung der reine volle ungetrübte Dolus, verbrecherisches Wollen und Wissen in normaler Gestalt, kein neues zu diesen beiden hinzutretendes Element. Die leidenschaftliche Erregung, Affect, impetus, oder welchen Namen sonst man brauchen mag, wird wo sie nicht die Zurechnungsfähigkeit und somit die Schuld ganz vernichtet, den Willen selten merklich hemmen; weit erheblicher ist meist ihr Einfluss auf das Wissen. Freilich ist dieses nie ein absolut klares und bestimmtes, aber die gewöhnliche natürliche relative Schärfe der Voraussicht wird durch die innere Bewegung leicht gemindert. Je mehr die Erregung steigt und das Bild des Zukünftigen trübt, desto mehr sinkt die Schuld und geht endlich in Schuldlosigkeit über. Bis die Voraussicht sich ganz verflüchtigt bleibt die Schuld, und zwar eine in das Gebiet des dolus fallende Schuld, aber dieser Dolus ist kein gesund und voll entwickelter, so viel ihm von der möglichen Klarheit und Sicherheit der Erkenntnis abgeht, ebensoviel bleibt er hinter dem vollen Schuldmaß zurück.

Die andere Bedeutung der Ueberlegung. Wissen und Wollen erforderten wir gerade für den Zeitraum in dem der Verbrecher handelt. Aber schon bevor er zur Handlung schreitet, kann er die That mit den Folgen in ganzer Schwere bedacht und erwogen haben. Der Wille freilich kann nicht wol vor der Handlung vorhanden sein, wol aber das Wissen, und für den ausgebildeten fertigen Willen giebt der Keim desselben Ersatz, die wachsende Neigung zur That der schliesslich kein Zweifel an der Ausführung mehr bleibt, der Beschluss oder Entschluss, wenn man diese Worte so benutzen will. Dieses Vorausbedenken und im Denken zur That sich bestimmen bevor man übrigens die Handlung selber beginnt, wird besser durch „Praemeditation" oder „Vorbedacht" bezeichnet. Viele Verbrechen, die größere Schlauheit des Thäters voraussetzen, bei

denen der Zusammenhang der Handlung und des Erfolgs, um § 21.
dessentwillen die Handlung vorgenommen wird, nicht dem ersten Blicke zugänglich ist, alle diese können nur nach Praemeditation verübt werden. Betrug Fälschung auch Diebstahl ohne jegliche vorgängige Ueberlegung sind unerhört. Anders bei Vergehungen wo das Band welches den Erfolg an die Handlung knüpft zu Tage liegt. Tödliche und minder gefährliche Körperverletzungen können uns gleichsam als unmittelbare Folgen gewisser Handlungen erscheinen, so daß mit der Handlung sofort auch das Bild solches Erfolgs vor uns tritt. Bei Beschädigungen von Sachen ist es nicht anders.

Ein Bedenken taucht auf. Ist der jetzt betrachtete Begriff der Praemeditation von der vorerwähnten dem Affect gegenüberstehenden Ueberlegung wirklich verschieden? Ist nicht vielmehr ein Handeln ohne volle Praemeditation nur denkbar wenn es zugleich ein Handeln im Affect ist? Dies bestreite ich. Die leidenschaftliche Erregung braucht nicht auf Augenblicke beschränkt zu sein. Reizbare Naturen können längere Zeit hindurch in solchem Zustande sich befinden, der ohne die Zurechnung ganz aufzuheben doch die mögliche Klarheit der Anschauung trübt. Sie können in diesem Zustande ein Verbrechen bedenken, die Folgen sich ausmalen und überlegen, und im selben Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit nach geschehener Ueberlegung zur Ausführung schreiten. Wir haben hier Praemeditation bei andauerndem Affect. Andererseits können rohe Menschen auch ohne jedwede Exaltation sich entschliessen andern das ärgste anzuthun. Der Entschluss kann sich bei diesen auch rasch bilden ohne daß vorher das Vorauswissen der Folgen zu selbständiger Entwicklung gelangt wäre, sie können ohne Praemeditation und doch ohne Affect handeln. Gewöhnlich wird das praemeditirte Handeln ein affectloses, das affectvolle ein unpraemeditirtes sein, aber dieses Zusammentreffen berechtigt uns nicht

§ 21. die beiden auf verschiedenen Grundanschauungen beruhenden, und auch im Leben sich nicht überall deckenden Gegensätze des affectvollen und ruhigen und wieder des vorherbedachten und des nicht praemeditirten Handelns in einander aufgehn zu lassen.

Die Ueberlegung, die in jedem affectlosen verbrecherischen Handeln liegt, gilt uns als voller aber einfacher Dolus, bei dem Minderung der Schuld wegen Trübung des Wissens durch leidenschaftliche Bewegung ausgeschlossen ist. Die Praemeditation, im andern Sinn, bei den Verbrechen die auch ohne dieselbe dolos begangen werden können, steigert den Dolus und mit ihm die Schuld über das gewöhnliche Maß. Die nicht vorherbedachte aber im Zustande ruhiger Besonnenheit ausgeführte Tödtung birgt schon vollen Dolus in sich; derselbe wächst noch je reiflicher übrigens dieselbe That vorher durchdacht war. Auch in diesem Sinne erfasst tritt die Praemeditation nicht eigentlich als drittes Element des dolus zum Wollen und Wissen hinzu, vielmehr scheint sie als ein Annex des Wissens erfasst werden zu müssen, ein das Wissen verschärfendes Moment, das darum die im Wollen liegende Schuld vergrößert.

Bei vielen Verbrechen wird ausser den andern Momenten des innern Thatbestands eine bestimmte Absicht des Thäters erfordert. Daß dem also bestreitet niemand, fraglich scheint nur, was Absicht ist, und in welchen Fällen der Begriff des Verbrechens von dem Vorhandensein der Absicht abhängig ist. Absicht ist das Erkennen des möglichen Erfolgs gewisser Handlungen, das den Erkennenden bestimmt eben diese Handlungen vorzunehmen, die Aussicht auf Erfolg, derentwegen jemand zur Handlung sich entschliesst. Die Absicht gehört also zu den Motiven, wenn wir unter diesen Ausdruck alles das begreifen, was auf den Willen des Thäters bestimmend wirkt die Handlung herbeizuführen.

Wie jede verbrecherische Handlung einen Erfolg haben muss,

ebenso muss sie aus einem Motive entsprungen sein. Der Erfolg § 21.
erscheint meistentheils als unabsehbare Reihe von Thatsachen. Aehnlich lässt das Motiv in eine Reihe von Ursachen sich auflösen. Warum hat X auf den Z geschossen? er wollte ihn tödten. Und das, warum? aus Hass. Und der Hass woher? weil er den Z von der A bevorzugt glaubte. Woher das Interesse für die Neigungen der A? Wir kommen so auf das Temperament des X, auf seine körperlichen und geistigen Anlagen, auf die Art und Weise wie diese ausgebildet worden und auf vieles andre. Auch ist es möglich daß neben dem Hass noch anderes mitgewirkt hat den X zur That zu bestimmen. Vielleicht trug Z bedeutende Summen bei sich, die X sich zuzueignen wünschte. Wir könnten wieder in gleicher Folge wie bei dem Hasse zu entwickeln suchen woher die Geldgier des X geflossen. Aber mit unendlichen Reihen zu operiren ist nicht die Sache des Richters: ein präcises Urtheil verlangt eine festgeschlossene endliche Grundlage. Was den Erfolg anlangt, so ist von vornherein darauf hingewiesen worden, daß derselbe nicht als endlose Verkettung immer weiter greifender Wirkungen von dem Richter zu betrachten ist, sondern daß dieser seine Untersuchungen auf ein festes Maß zu beschränken hat. Nur Folgen seiner Handlung die der Thäter vorhergesehn hat, sollen ihm zugerechnet werden, und menschliche Voraussicht reicht nicht weit.

Auch hinsichts der Motive ist soviel klar, daß der Richter nicht stets die ganze Reihe derselben zu beachten hat, schon darum weil bei allem Scharfsinn und gutem Willen er nie sie völlig zu überblicken vermöchte. Rechtliche Regeln, die Behandlung der Motive betreffend, haben bis jetzt keine allgemeine Anerkennung gefunden. Das freilich wird von den meisten richtig hervorgehoben, daß die Motive nicht maßgebend sein können für Entscheidung der Frage, ob die That Verbrechen sei oder nicht. Vielfach aber wird der Begriff der Motive willkürlich eingeschränkt und die Bedeutung

§ 21. derselben unterschätzt. Die Schuld des Verbrechers rechtfertigt die Anwendung der Strafe. Diese Schuld besteht uns darin, daß wer die dem Willen des Staates zuwiderlaufenden Folgen erkennt, nichtsdestoweniger zu der Handlung sich entschliesst die jene Folgen nach sich ziehn kann, daß der einzelne also seine Kräfte gebraucht in einer Richtung, von der er weiß daß sie den Staatszwecken zuwiderläuft. Die Freiheit der Entschliessung, fliessend aus vernünftiger Erkenntnis, bedingt die Strafbarkeit dessen der so wider die über ihm stehende Gewalt des Staates sich auflehnt. Die Motive vermögen nicht das Verhältnis des einzelnen zum Staate zu lösen, ebensowenig schliessen sie das Vorhersehn des Erfolgs und die Freiheit des Willens aus. Wir strafen den X, weil er gewollt hat was dem Staate schädliche Folgen hervorzurufen geeignet war, nicht weil er aus diesem oder aus jenem Grunde gewollt hat. So führt auch unsere Auffassung dahin, den Motiven regelmäßigen Einfluss auf die Zurechenbarkeit der Handlungen abzusprechen. Einfluss auf das Maß der zu verhängenden Strafe mag ihnen zuzugestehn sein, wovon später zu reden ist. Nur die eine Art der Motive, die wir Absicht nennen, muss ihrer eigenthümlichen Bedeutung wegen schon hier eingehend behandelt werden. Vielfach, sagten wir, gehöre eine gewisse Absicht zu dem wesentlichen Bestande des Verbrechens. Wollen und Wissen und die ganze äussere Erscheinung des Verbrechens genügen hier nicht; fehlt die Absicht, so liegt kein Verbrechen vor. Absicht aber ist die Aussicht auf Erfolg, die zur Handlung bestimmt. Aussicht auf welchen Erfolg? Man ist vielleicht geneigt zu antworten: Aussicht auf den verbrecherischen Erfolg, auf eben den, dessen Eintreten zur Vollendung des Verbrechens erforderlich ist. Doch wird man bald sehn daß diese Antwort nicht für alle Fälle richtig ist. Bei der Entführung geht nach gemeinrechtlicher Auffassung die Absicht des Thäters darauf die Entführte zu ehlicher oder ausserehlicher Gemeinschaft

mit einem Manne zu bringen; aber man ist ziemlich allgemein ein- § 21.
verstanden das Verbrechen auch vor vollzogenem Beischlafe als vollendet zu betrachten. Der Diebstahl setzt die Absicht der Bereicherung voraus. Wann der Diebstahl sich vollende ist zwar nicht unbestritten geblieben, man kann aber füglich nicht mehr verlangen, als daß der Dieb thatsächlich Inhaber der Sache geworden. Ist damit jene Absicht erfüllt? Schwerlich. Der Dieb will einen geldwerthen Vortheil aus der Sache haben, und dieser ist mit dem augenblicklichen Innehaben der Sache, wodurch der Diebstahl consummirt wird, nicht erreicht.

Man denke an folgenden Fall. X zieht dem Y das Tuch aus der Tasche, auf offener Straße, aber ohne daß Y oder sonst wer dies bemerkt, und steckt das Tuch selber ein. Kein Zweifel daß, wenn X hiebei die Absicht hatte das Tuch für sich zu behalten oder zu seinem Vortheil zu verbrauchen, ein Diebstahl vorliegt, der mit dem Einstecken des Tuchs seitens des X vollendet ist, für dessen Beurtheilung daher auch nichts darauf ankommt ob das Tuch dem X verbleibt oder ob es ihm nachträglich wieder abgenommen wird. Ebenso gewis aber ist daß, wenn X keine weiteren Folgen seiner Handlung beabsichtigte als die bereits eingetretenen, also wenn er ohne Aussicht auf Bereicherung nur momentanen Besitz des Tuchs sich schaffen wollte, etwa um als guter Freund den Y zu necken, und von vornherein zu schleunigster Restitution entschlossen war, kein Diebstahl anzunehmen ist. In beiden Fällen will der Thäter die Bewegungen die den betreffenden Erfolg nach sich ziehn, in beiden Fällen sieht er den Erfolg, soviel äusserlich zur Vollendung des Verbrechens erfordert wird, vorher. Aber der Unterschied besteht, daß in einem Falle der Handelnde noch einen weiteren, für den äusseren Abschluss des Verbrechens indifferenten Erfolg, die Bereicherung vorhersieht, und gerade durch diese Vorhersicht zum Handeln sich bestimmen läßt, im andern Falle diese Absicht nicht vor-

§ 21. handen ist. Die zum Diebstahl erforderliche Absicht fasst also auch einen Erfolg in das Auge, der zur äusseren Vollendung des Verbrechens nicht gehört.

Nicht anders liegt es beim Betruge. Auch dieser setzt die Absicht der Bereicherung bei dem Handelnden voraus, und erfordert eine gewisse Art der Teuschung dritter Personen. Es ist zweifellos daß der Betrug durch die Teuschung vollendet werden kann, ohne daß dem Betrüger der beabsichtigte Vortheil zu Theil wird. Die strafbare Fälschung erfordert ähnlich die Absicht eignes Vortheils oder fremder Beschädigung, vollendet aber ist die Fälschung wenn nicht schon mit der Anfertigung, so doch gewis mit der Benutzung des gefälschten Präparats zur Teuschung anderer. Daß der Vortheil oder die Beschädigung erfolge, ist für den Bestand des Verbrechens unwesentlich. Hochverrath setzt überall eine dem Staat entschieden feindliche Absicht voraus, bestraft wird der Hochverrath meist nur, wo diese Absicht nicht durchgeführt ist.

Fast möchte es scheinen als müsse überall, wo ein Verbrechen bei dem Handelnden Absicht voraussetzt, diese auf einen über die Vollendung hinausreichenden Erfolg gerichtet sein. Doch ist dies nicht unbedenklich. Betrachten wir die Injurien. Daß der animus injuriandi erforderlich sei wird allgemein zugegeben. Wie aber sollen wir diese Absicht zu beleidigen näher definiren, welchen Erfolg muss der Beleidiger erwarten? Daß der Betrogene sich gekränkt fühle? Dann griffe die Absicht sicher wieder über den zur Vollendung nöthigen Erfolg. Vielleicht möchte wer zumeist an Verleumdung denkt so definiren: der Beleidiger soll die Absicht haben Aeusserungen zu machen, die geeignet sind den auf den sie sich beziehn in den Augen der Menschen herabzusetzen. Aber dann liegt wieder der Einwurf nahe: hiernach gehe eigentlich die Absicht des Beleidigers darauf den Beleidigten vor andern in ungünstigem Lichte erscheinen zu lassen und auch dieses falle über die Vollendung

der Beleidigung hinaus. Will man dagegen die Absicht zu inju- § 21.
riiren dahin erklären, der Beleidiger gehe darauf aus die Verachtung, die er vor jemand hat, diesem oder dritten zu bekunden, so dürften Absicht und äusserer Bestand des Verbrechens zusammenzufallen scheinen, da zweifellos zur Vollendung der Beleidigung irgend eine Aeusserung der schlechten Meinung des Beleidigers von dem Beleidigten unentbehrlich ist. Aehnliches dürfte bei der Gotteslästerung anzunehmen sein. Die Absicht kann hiebei nicht wol auf anderes gerichtet sein als darauf die eigne Geringschätzung der Göttlichen Allmacht irgend wie auszudrücken, und ebensoviel etwa möchte zur äussern Vollendung des Verbrechens erforderlich sein.

Uebrigens ist die angeregte Frage hier offenbar nicht vollständig zu erörtern, da eine erschöpfende Antwort die Analyse des Bestandes aller einzelnen Verbrechen voraussetzen würde. Begnügen wir uns also mit dem, was ohne weitere Untersuchung zu entdecken ist. Absicht ist die für das Handeln maßgebende Erwartung eines bestimmten Erfolgs der Handlung, solche Absicht gehört zu den wesentlichen Voraussetzungen vieler Verbrechen. Wo dies der Fall ist, da reicht meist die Absicht noch über die Vollendung des Verbrechens hinaus, d. h. der Thäter handelt in der Aussicht auf einen Erfolg, dessen Eintritt zur Vollendung des Verbrechens nicht nothwendig ist, vielmehr bei regelmäßigem Verlauf erst nach dem vollendeten Verbrechen platz greifen würde. Daneben aber scheint es auch Verbrechen zu geben, wo die Absicht des Thäters gerade auf den für die Vollendung wesentlichen Erfolg geht.

Daß der Absicht überhaupt eine gewisse Bedeutung in unserem Strafrechte zukommt mag als festgestellt gelten. Der Klarheit unserer Darstellung zu Liebe wollen wir nicht gleich daran gehn diese Bedeutung zu umgrenzen, sondern eine sprachliche Untersuchung vorausschicken. Unsere Sprache gebraucht das Wort

§ 21. „Vorsatz" häufig in gleicher und in ähnlicher Bedeutung wie „Absicht". Sollen wir an einem Unterschiede beider Wörter festhalten? und wenn ja, wie haben wir diesen Unterschied zu bestimmen?

Absicht ist ein Act des Absehens. Nicht jegliches Absehn bezeichnen wir durch Absicht; die Absicht kann nie auf Vergangenheit oder Gegenwart gerichtet sein, sie muss stets auf etwas zukünftiges gehen. Auch nicht auf beliebiges zukünftiges: niemand sagt: „ich beabsichtige daß morgen schönes Wetter sein wird", wol aber „ich beabsichtige dahin zu gehn", „die B zu heirathen", oder auch „meine Absicht geht auf den Tod des G". Was wir beabsichtigen muss überall als Erfolg unserer Handlungen sich darstellen. Ob man auch die eigne Handlung selber, ohne den Erfolg in Betracht zu ziehn beabsichtigen kann? Man sagt nicht leicht „man beabsichtige zu denken", „Arm oder Bein zu heben", wol aber „nach Paris zu reisen". Dies reisen nach Paris ist auch keine reine Handlung, vielmehr eine Reihe von Handlungen mit entsprechenden vorhergesehenen Erfolgen. Wir wollen die Frage nicht auf die Spitze stellen, unser Sprachgebrauch ist zu wenig bestimmt eine ganz scharfe Antwort zu gestatten. In den meisten Fällen zielt die Absicht zweifellos auf den Erfolg einer eignen Handlung. Damit aber ist die Definition der Absicht nicht abzuschliessen. Der Soldat, der die Schanze stürmt sieht die Wahrscheinlichkeit des Todes als Folge seiner Handlungen; es ist mit Recht bemerkt worden, daß man doch darum von ihm nicht sagen könne, „er beabsichtige zu sterben". Nur das Vorhersehn eines Erfolges pflegen wir Absicht zu nennen, das uns zum Handeln antreibt. Wir sehn ein Ziel vor Augen, dem unsre Handlungen uns zuführen können, um dies Ziel zu erreichen handeln wir. Wir sagen wol auch, wir hätten eine Absicht aufgegeben bevor wir zu ihrer Ausführung schritten. Die Absicht aber, die wir so aufgegeben haben wollen, war eigent-

lich noch keine reife wirkliche Absicht, sie war in der Bildung be- § 21.
griffen und ist nie fertig geworden, mögen wir das unvollendete als fertig betrachten und mit dem Namen des fertigen belegen. Richtiger wäre es in solchem Falle zu sagen: „ich glaubte ich hätte die Absicht" oder „ich glaubte ich würde die Absicht fassen". Ganz gewis aber tauft auch wer nicht so genau sich ausdrücken will die angeblich aufgegebene Absicht nur darum also, weil er wenigstens eine Zeit lang der Meinung gewesen ist, es werde die Aussicht auf diesen Erfolg ihn zum betreffenden Handeln anspornen. Die Aussicht auf den Erfolg eines an sich möglichen Handelns nennt der zum Unterlassen entschlossene sicher nie Absicht. Also bleiben wir dabei; Absicht ist die Aussicht auf den möglichen Erfolg unserer Handlung, derentwegen wir zum Handeln uns entschliessen, doch geben wir zu daß diesem Wort nach dem gemeinen Sprachgebrauch, wie so vielen andern, einige Dehnbarkeit eigen ist.

Was aber ist Vorsatz? Die Etymologie hilft uns nicht viel diesen von der Absicht zu scheiden. Vorsetzen, das ist doch wol das Vorstellen eines Bildes vor das geistige Auge. Also handelte sichs auch hier wieder um ein Absehn, doch freilich noch um etwas mehr: kein bloßes sehn, erkennen des schon vorhandnen, wir selber sind bemüht etwas vor das Auge zu bringen. Die eigne Thätigkeit scheint es müsse bei dem Vorsatz noch mehr hervortreten als bei der Absicht. Bei dieser betrachten wir etwas, ein Bild entsteht uns, wir glauben zu erkennen daß wir erreichen können was wir sehn, dies scheint uns erreichenswerth, erweckt wird unser Begehrungsvermögen und wirkt auf den Willen. Sobald ich das will, was nach dem ersehenen mich hinführen soll, ist die Absicht zum Abschluss gediehn. Bei dem Vorsatze scheint es stellen wir selber das Ziel auf, dem wir dann zustreben wollen. Dies giebt aber keinen Anhalt zu fester Unterscheidung. An sich vorhanden ist das Ziel auch bei dem Vorsatz schon bevor wir thätig werden; unsre Thätig-

§ 21. keit beschränkt sich darauf, das an sich mögliche Ziel zu unserm Ziele zu machen, und gleiches geschieht bei der Absicht auch.

Der gewöhnliche Gebrauch unterscheidet Vorsatz und Absicht nicht scharf; in tausend Fällen nutzen wir beide Wörter, ebenso die Ableitungen „vorsätzlich" „absichtlich" ganz gleich. Dennoch dürfen wir nicht beide Begriffe für schlechthin identisch erklären. Die nicht blos beschauliche Thätigkeit tritt bei dem Vorsatz in den Vordergrund. In der Absicht liegt wol mehr Ueberlegung, über die Beschaffenheit des Ziels, über die Mittel die dahin führen; der Vorsatz drängt direct auf das Ziel los. Man spricht eher von tollen Vorsätzen als von tollen Absichten, eben weil der Vorsatz thatkräftiger ist und des Nachdenkens sich entschlagen mag. Daran schliesst sich daß die Absicht leicht auf entlegeneres gerichtet ist als der Vorsatz. Um das fernere Ziel zu erreichen fasse ich zunächst den Vorsatz auf das nähere loszugehn. Auch hier zeigt sich der nähere Zusammenhang des Vorsatzes mit dem wirklichen Handeln. Der Vorsatz kann sich auch auf reines Handeln beschränken, wir reden von vorsätzlichen Körperbewegungen wo der Vorsatz über die Bewegung selber nicht hinausgreift; von absichtlichen selten, wenn wir nicht an das, was durch dieselben für uns zu erreichen ist, denken. Doch ist andererseits nicht zu leugnen daß der Sprachgebrauch den Vorsatz nicht auf reine Handlungen beschränkt: „X hatte im Duell den Vorsatz seinen Gegner zu tödten", und die Tödtung, die Thatsache daß Y stirbt, ist, wie schon mehrfach erinnert worden, doch kein Theil der Handlung des X. Vielleicht kann man sagen, bei dem Vorsatz sieht der Handelnde zunächst auf die eigne Handlung, das reine Product seines Willens, aber das Auge geht weiter von hier aus und richtet sich auch auf die Folgen der Handlung; bei der Absicht ruht das Auge zuerst auf dem Erfolge, erst allmälich wird der Weg dahin erkannt, der Entschluss zum zweckgemäßen Handeln ausgebildet. Dieser Unterschied tritt in nicht

wenigen Fällen heraus, in vielen andern wird er sich nicht auffin- § 21.
den lassen.

Blicken wir nun auf die Quellen unseres heutigen Strafrechts. Vorsatz und Absicht, beide Wörter und die ihnen zugehörigen Adjectiven Adverbien und Verben kommen in den Gesetzbüchern so häufig vor wie in den Lehrbüchern. Eine vollständige Ausgleichung beider Gruppen hat auch hier nicht stattgefunden, ebensowenig aber ist ein bestimmter Unterschied streng festgehalten worden. Für das gemeine Recht wird die Unterscheidung dadurch erschwert, daß das Römische Recht nur den einen Ausdruck „dolus" kennt; und das gemeine Recht hat wieder erheblichen Einfluss auf die Terminologie der modernen Particulargesetzgebungen geübt. Die neueren gelehrten Criminalisten scheinen einig darüber, daß Vorsatz und Absicht verschiedenes bezeichnen müsse, uneinig worauf die Verschiedenheit beruhe.

Augenscheinlich ist es schwer zu sicherer Entscheidung der aufgeworfenen Frage zu gelangen. Etymologie, gemeiner und juristischer Sprachgebrauch, die Forschungen einzelner Gelehrten, all dies giebt uns keine feste Grundlage, wir werden wol im allgemeinen darauf hingewiesen daß zu unterscheiden sei, nicht aber darauf daß wir so, nur so und nicht anders unterscheiden müssen. Ich sehe nur einen Weg zum Ziel zu gelangen, den zu verfolgen, wenn er der einzige ist, niemand als willkürlich schelten kann. Ueberall habe ich die Absicht als einen von dem einfachen criminalistischen Dolus zu sondernden rechtlich relevanten Begriff hervorgehoben. Nehmen wir nun an daß unser Strafrecht zwei, vielleicht zum Theil sich deckende Begriffe enthält, und in der That wenigstens theilweis andere Wirkungen an das Vorhandensein des einen anknüpft als an das Dasein des andern, dann kömmt es zuerst darauf an, diese beiden Begriffe aus unserem Criminalrecht zu entwickeln und scharf zu begrenzen, dann dem einen

§ 21. den Namen des Vorsatzes dem andern den der Absicht, nicht im Widerspruch mit der Etymologie und dem bisherigen Sprachgebrauch, zuzuweisen. Also nicht, wie gewöhnlich man zu thun pflegt, von den anderswoher zu erkennenden Bedeutungen der Worte will ich ausgehn und die so gefundenen Begriffe auf das Criminalrecht übertragen, sondern umgekehrt welche Begriffe in unserem Criminalrecht schon ausgebildet zu finden das möchte ich erforschen, und diesen mit Deutschen Wörtern passende Bezeichnungen geben. Zwei Begriffe sind in der bisherigen Untersuchung als unentbehrlich aufgetreten: der auf das Handeln gerichtete Wille verbunden mit dem Vorhersehn des verbrecherischen Erfolgs; und die Voraussicht des Erfolgs einer Handlung die den Sehenden zum verbrecherischen Handeln bestimmt. Wir beschränken den Ausdruck „Absicht" auf diesen zweiten Begriff, „Vorsatz" auf den ersten, also auf das Wollen im Wissen ohne gleichzeitiges Bezwecken. Daneben benutzen wir den Ausdruck „Dolus" nach Vorgang der Römer in weiterer umfassender Bedeutung.

Diese Definition würde als verspätet und überflüssig erscheinen, wenn der Unterschied von Absicht und Vorsatz schon von anderer Seite endgültig festgestellt wäre. Daß dies bisher nicht geschehn ist ergiebt sich aus den neuesten wissenschaftlichen Ausführungen über diese Unterscheidung.

Herrmann (Ueber Absicht und Vorsatz im Arch. des Cr. Rs. N. F. Jg. 1856) will sich auf keine eingehende Kritik seiner nächsten Vorgänger einlassen, aber der nur „auf Orientirung abzweckende Blick" genügt um zu zeigen wie die Begriffsbestimmungen von Berner Köstlin Osenbrüggen Temme unhaltbar sind. In den zur eigenen Unterscheidung hinführenden Ausführungen ist vieles dem ich gern beitrete, natürlich aber daß wir in den Resultaten nicht übereinstimmen können, da H. nicht von der Zerlegung des Verbrechens in Handlung und Erfolg und der ent-

sprechenden Auflösung des Dolus in Wollen und Wissen ausgeht. § 21.
Herrmann sagt (l. c. S. 12):

> Kraft der Absicht weiß der Mensch im Gebiete seines Handelns was er will, kraft des Vorsatzes will er was er weiß. Kraft beider zusammen ist intelligenter Wille vorhanden. Absicht ist für den Willen bestimmter Gedanke, Vorsatz dem Gedanken dienstbarer Wille. In jener ist der Verstand geschäftig um ein für den Willen directives Bewusstsein festzustellen, in diesem tritt der Wille in Thätigkeit, um einen Bewusstseinsinhalt zur Wirklichkeit zu machen.

Kürzer auf S. 441:

> Während die Absicht den für den Willen bestimmten Gedanken liefert, enthält der Vorsatz die Selbstbestimmung zur Ausführung desselben.

Als Consequenzen:

> Unbestimmter Dolus ist nur in dem Sinne einer unbestimmten Absicht nicht in dem eines unbestimmten Vorsatzes möglich; eine unbestimmte Absicht kann nur dann und nur soweit Dolus sein, als es auch am Vorsatze nicht gebricht.

Eine Verständigung ist bei der durchgreifenden Verschiedenheit unserer Grundanschauungen kaum möglich. In Herrmanns „Absicht" liegt mein „Wissen" und noch einiges, in dem „Vorsatz" mein „Wollen", wieder mit Zuthaten. Aber dessen, was zu dem Wissen und Wollen im einen und andern Falle hinzuzunehmen ist, scheint kein fest bestimmtes Maß zu sein, daher auch die Begriffe Absicht und Vorsatz selber keine feste Gestalt gewinnen wollen.

In der Absicht ist vorwiegend der Verstand activ, jedoch so daß er dem Wollen, dem bewussten Setzen, den in dem letzteren liegenden Bewusstseinsfactor liefert; in dem Vorsatz ist vorwiegend activ der Wille, das Setzen, aber so, daß es im Entschluss zugleich einen Beschluss, ein Verstandesurtheil, fällt.

§ 21. Mir scheint das Setzen, das Herrmann mit dem Willen identificirt, könne überall kein Verstandesurtheil fällen. Nach den verschiedenen Arten der Thätigkeit suchen wir den menschlichen Geist in verschiedene Kräfte zu zerlegen. Unterscheiden wir so Willen Vernunft Verstand und anderes ähnliches, bei einiger Ehrlichkeit werden wir eingestehn daß all diese Begriffe nicht so praecis und abgeschlossen sind wie wir wünschen möchten, die Operationen also, die wir mit diesen Begriffen vornehmen, auch nicht ganz nach Wunsch ausfallen sondern manchem Zweifel Raum lassen müssen. Dennoch dürfen wir in die Verschwommenheit der zu erzielenden Resultate uns nicht träg ergeben. Vor allem müssen wir die Begriffe mit denen wir arbeiten wollen abschliessen so gut wir können, und während der Arbeit streng beharren bei dem einmal angenommenen Abschluss. Wider beides ist viel gefehlt, und fast häufiger noch darin, daß während man von einer Geisteskraft spricht, man denkt an den Menschen dem diese Geisteskraft zusteht, und was er überhaupt, nicht vermöge gerade dieser Geisteskraft vermag, von dieser Geisteskraft praedicirt. So sollen Willen Vernunft Verstand oft leisten was je ganz ausser ihrer Sphäre liegt, obwol es dem mit Willen und Verstand u. s. w. begabten Subject zugänglich ist. Der Vorwurf solcher jede mögliche Klarheit der Resultate im Keim erstickender Inconsequenz trifft Herrmann weniger als andre Criminalisten, doch ist der „ein Verstandesurtheil fällende Wille" auch bedenklich.

Der Unterschied zwischen meiner Theorie und der Herrmanns beruht vernehmlich darauf, daß ich einen engeren Begriff des Willens annehme. Ich muss zugeben daß hier wol die Mehrzahl der Denkenden auf Seiten meines Gegners steht. Mir ist der Wille das Vermögen des Ichs die an dasselbe gebundenen Kräfte wirksam werden zu lassen, daher von einem concreten Wollen erst mit der Thätigkeit der Kraft die Rede sein kann. Vor der Thätig-

keit ist das Wollen nur im Keim vorhanden, sobald es fertig ent- § 21.
wickelt ist muss es die Bewegung als seine unmittelbare Folge zum Vorschein bringen. Hat dieser Begriff des Willens innere Wahrheit, so können andere Theorieen die einen weniger fest geschlossenen Begriff zu Grunde legen keine befriedigenden Resultate ergeben; ob aber unserem Begriffe diese innere Wahrheit zukommt ist hier nicht zu entscheiden. Dagegen ist soviel gewis, daß wo die Entscheidung lediglich von Principienfragen abhängt die Polemik gegen einzelne Consequenzen der Principien ohne allen Nutzen bleiben müsste.

So sehr Herrmann übrigens von seinen Vorgängern sich zu unterscheiden sucht, darin kommt er mit vielen derselben überein, daß bei der inneren Entwicklung des concreten Verbrechens die Absicht dem Vorsatz voraufgehn soll:

> Zwar gehören beide dem Gebiete des Handelns an, doch so daß die Absicht als solche auf einem früheren Stadium desselben sich befindet, in welchem die Person noch nicht nothwendig, wie im Vorsatz die die Wirklichkeit bewegende Kraft ihres Willens in Thätigkeit treten lässt. Die Absicht steht demnach, wenngleich doch noch vor der Schwelle der Willensaction mit welcher erst, wenn sie überschritten wird, der Vorsatz und mit ihm diejenige Function vorhanden ist, welche auf die irdische materielle Natur unmittelbar zu wirken und somit die wirkliche concrete Handlung zur Erscheinung zu bringen bestimmt ist.

Beiläufig daß die in diesen Worten sich kundgebende Anschauung meiner Auffassung des Willens, wenigstens was den Augenblick seiner Existenz als wirklicher fertiger Willen anlangt, sehr nahe tritt. Einen ähnlichen Fortschritt von Absicht zum Vorsatz hatte früher schon Berner ausgeführt. In dem Lehrbuch § 93 sagt dieser:

§ 21. Um die Befriedigung des subjectiven Bedürfnisses zu erreichen muss sich der Wille auf die Ausführung eines Gedankens, auf die Herbeiführung eines Erfolges richten. In dieser Richtung ist der Wille Absicht. Die Absicht kommt zur Ausführung indem der Wille sich mit dem erforderlichen Maße der Energie an die Aussenwelt heranbegiebt, d. h. durch den mehr oder minder festen Vorsatz.... Die Entstehung des Dolus im Innern des Subjects ist ein Fortgang vom Zweck zur Absicht und von der Absicht zum Vorsatze.

Aehnlich Heffter (Lehrb. 6. Aufl. § 62):

Die natürlichen Bestandtheile der inneren That sind: die Einwirkung des Begehrungsvermögens auf den Willen, wodurch derselbe zur Bewegung angeregt wird; sodann das Entstehen einer bestimmten Absicht (propositum); endlich die Entschliessung danach zu handeln, d. i. die Absicht zu verwirklichen (voluntas Vorsatz).

Köstlins Ausführungen in der neuen Revision bezeichnet schon Herrmann als im wesentlichen mit den Bernerschen übereinstimmend. Im System schimmert der angenommene Gegensatz in den §§ 59 und 69:

Die vorsätzliche Handlung ist die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäß wirklich gewordene.

Die subjective Willkür die im Begriff des Vorsatzes liegt muss sich vor dem objectiven Zusammenhang der Handlung als eines von dem Belieben des Subjects unabhängigen in sich abgeschlossenen Ganzen beugen. Der Wille, so auf die Substanz der Handlung (ihren wesentlichen Thatbestand) bezogen, ist nicht mehr (blos subjectiver) Vorsatz, sondern auf ein objectiv für sich Bestehendes absehende Absicht.

Das klingt fast als ob Leser mit Worten abgespeist werden sollte.

Andere Stellen des Systems geben hierüber nicht sichereres greifbares. Dabei kann es nicht auffallen daß Köstlin selber, wie gleichfalls schon Herrmann bemerkt hat (a. a. O. S. 464 N. 17) bei dem angenommenen Quasibegriff der Absicht nicht streng beharren mochte. § 21.

Krug (Ueber dolus und culpa S. 28) unterscheidet:

> Vorsatz, wodurch die directe Richtung des Willens auf den Zweck, das was der Handelnde gleichsam als seine nächste Aufgabe vor sich hingesetzt hat, ausgedrückt wird; Absicht, was auch die indirecte Richtung des Willens auf die wenn auch nicht gerade bezweckten, doch abgesehenen d. i. vorausgesehenen Folgen der Handlung umfasst.

Wenn derselbe a. a. O. S. 82 ferner sagt, daß Vorsatz mehr das formelle Verhältnis zwischen dem Willen und seinem Gegenstande, Absicht mehr den Inhalt dieses Wollens bezeichne, so scheint dies freilich wie Herrmann hervorhebt nicht im besten Einklange mit dem obigen zu stehn, doch mag unentschieden bleiben ob Krug wirklich von der früheren Unterscheidung abgegangen, oder ob den von ihm angenommenen Begriffen solche Dehnbarkeit eigen ist, daß sie diesen Ausdruck so gut wie jenen anzunehmen vermögen.

Viel Mühe hat auch Osenbrüggen (Abhandlungen § 4, 5) sich gegeben aus der Verwirrung uns zu helfen. Daß er die Grammatik zu Hülfe nimmt, ist an sich nur zu billigen. Aber trotz allem Fleiß und der vernünftigen Methode kommen wir auch hier zu keinem haltbaren Resultat. Nicht einmal eine praecise Formulirung des Gegensatzes ergiebt sich aus Os. Arbeiten. Daher ist es nicht leicht seine verschwimmenden Gedanken kurz wiederzugeben.

> Zweck gleich Zielpunkt beim Schiessen, in einfacher Weise übertragen auf alles was erzielt wird, wozu dann das Correlat Mittel ist.

§ 21. Vorsatz bedeutet das was vorgesetzt ist oder wird, und zwar im Innern des Menschen, wo es dann zur Concretion des Willens wird. Wer sich eine Handlung vorsetzt, der setzt sie in seinem Innern bevor sie wirklich ist, d. h. bevor der darauf gerichtete Wille geäussert ist. Synonym (dem Vorsatz) sind Entschluss und Beschluss nur enthalten sie ein anderes Bild. Das „Absehen" ist der Anfangspunkt der Bewegung oder der Augenpunkt auf dem Lauf des Schiessgewehrs, in welchem derjenige welcher schiessen will die Richtung auf den „Zweck" beginnt. Die Richtung ist zwischen den beiden Punkten dem Absehen und dem Zweck. Vom Auge ist das Absehen, die Absicht auf den Geist übertragen.

Um den Zweck zu treffen auf den er es abgesehen hat muss der Schütze schiessen also handeln. Wenn er das Gewehr anlegt um zu schiessen hat er sich schon vorgesetzt zu handeln. Das Handeln ist das Mittel um den Zweck zu treffen zu erreichen, es befindet sich in der Mitte zwischen der Absicht und deren Zielpunkt, um diese beiden Punkte mit einander in Verbindung zu bringen.

Die Motive des Handelns concentriren sich in dem Begehren. Wer etwas begehrt hat nicht was er gern hätte.... Das Handeln welches er wählt um aus dem Begehren heraus zur Befriedigung zu gelangen, welches also das Mittel zum Zwecke sein soll, wurzelt in dem Willen. So gehören denn Vorsatz Absicht und Motiv verschiedenen Gebieten an, jene dem des Willens dieses dem des Begehrens.

Mögen andre glücklicher sein mir gelingt es nicht aus diesen Definitionsversuchen sammt den hier fortgelassenen erläuternden Zwischensätzen bestimmte Begriffe herauszulesen. Osenbrüggen geht zur Anwendung der angeführten Begriffe über:

Um sich zu bereichern beabsichtigt A den Zielpunkt in der § 21.
Scheibe zu treffen, und setzt sich daher vor zu schiessen.

Um sich zu bereichern beabsichtigt A einen Menschen zu tödten und setzt sich daher vor zu schiessen.

Die Vergleichung dieser beiden Fälle zeigt:

1) Das Motiv ist in beiden Fällen gleich.

2) Vorsatz und Handlung sind gleich.

3) Die Absicht ist verschieden. Sie ist in dem zweiten Fall rechtswidrig. Die Absicht ist es also welche diesen zweiten Fall in das Bereich des Strafrechts bringt, aber durch die Absicht erhalten auch die übrigen Momente des Ganzen eine andre Färbung, der Vorsatz wie das Handeln und auch das Motiv. Die Absicht ist der accentuirte Ton in dem ganzen Rhythmus.

Hier tritt eine auffällige Annäherung an unsere Anschauungsweise hervor. Wenn in den beiden berührten Fällen Vorsatz und Handlung gleich sind, wie weit reichen diese? was insbesondere gehört noch zur Handlung, was nicht? Nur die körperlichen Bewegungen? Das ist meine Anschauung aber schwerlich die Osenbrüggens, sonst würde er wohlgethan haben sie entschiedener auszusprechen und besser geltend zu machen. Aber das Eindringen der Kugel in Brust und Scheibe gehört doch auch nach O. nicht mehr zur Handlung, sonst könnte diese nicht in beiden Fällen gleich erscheinen. Also etwa nur der Flug durch die Luft bis ans Ziel und nicht weiter? Aber welcher Grund für diese Abgrenzung der Handlung? Oder der Flug der Kugel überhaupt nicht? Und wenn das warum die Explosion des Pulvers? Oder wenn diese auch kein Theil der Handlung wäre, warum gehört dazu die Bewegung des Zündstrahls der auf das Pulver schiesst? Wir wollen nicht das schon oben behandelte nochmals durchkneten. Eine scharfe Begrenzung der Handlung ist nur möglich wenn wir mit der Körperbe-

§ 21. wegung abschneiden. Das ist eine Wahrheit die auch von denen die sie nicht ausdrücklich anerkennen mögen nicht beseitigt werden kann. Einen andern Grund hat die eine Berührung der Worte Osenbrüggens mit meiner Auffassung schwerlich.

Mehr gebe ich darauf, daß Temme im Schweitzerischen Strafrecht Ansichten darlegt, die von den meinigen zwar auch abweichen, aber nicht mehr, als durch die Verschiedenheit seines und meines Stand- und Ausgangspunktes bedingt wird. Temme hat, wie er selber anerkennt, nicht blos über den Unterschied von Vorsatz und Absicht, sondern über die ganze Zurechnungslehre zu verschiedenen Zeiten verschiedenes gelehrt, und dabei immer mehr alte Irrthümer überwunden, im Fortschritt zum Wahren durch Vorliebe für einmal geäusserte Meinungen sich nicht hemmen lassen. Die Hauptsätze Temmes sind folgende:

> Der Vorsatz oder Entschluss zu einer Handlung ist die fertig gewordene, die abgeschlossene Selbstbestimmung zu einer That. Der Vorsatz bezieht sich danach immer nur auf die That des Handelnden selbst und für sich.

Wären wir einig darüber was „That" ist, ich glaube wir könnten auch über den Vorsatz eines Sinnes werden. That gleich Handlung in meinem Sinne, Körperbewegung, entspricht hier wol dem Gedanken nicht. Im Temmeschen Vorsatz liegt also mehr als der die Körperbewegung bestimmende Wille. Was dies mehr ist? wir können es nur sagen wenn wir auch wissen was die That mehr als die eigenen Bewegungen des Thäters enthält, und welche Beziehungen des Thäters zu diesem Mehr der That anzunehmen sind.

> Der Mensch kann aber zu einer Einwirkung in die Sinnenwelt sich nie bestimmen ohne zugleich einen bestimmten Zweck dadurch erreichen, einen auf sein Sinnen- oder Gemüthleben sich beziehenden Erfolg herbeiführen zu wollen. Für diesen

> Zweck stellt die Handlung sich als Mittel dar. Gerade auf diesen Zweck bezieht sich namentlich jenes der Selbstbestimmung vorhergehende Erkennen des Guten und Bösen, des Rechten und Unrechten, und das Wählen zwischen beiden. In Beziehung auf ihn bildet sich der Begriff der *Absicht*. Diese ist danach das Streben durch eine Handlung einen bestimmten äusseren Erfolg derselben herbeiführen zu wollen. § 21.

Hier kommen wir so nahe zusammen wie möglich. Mehr als ich beschränkt *Temme* den Begriff des Motivs.

> Auf die Absicht bezieht sich wieder das Motiv. Dieses ist eine Begierde zu deren Befriedigung der Mensch einen bestimmten Erfolg seiner Handlung herbeiführen will.

Was die Verwendung der gewonnenen Begriffe anlangt, so gehn wir auf halbem Wege auseinander.

> Zum Thatbestande eines jeden Verbrechens wird erfordert daß die demselben zum Grunde liegende Handlung eine gewollte sei; zu jedem Verbrechen wird also *Vorsatz* erfordert. Zum Thatbestande mancher Verbrechen gehört ausserdem noch daß ein bestimmter äusserer Erfolg eingetreten sei (Tod Körperverletzung Feuersbrunst u. s. w.), zu diesem ist auch die auf diesen Erfolg gerichtete Absicht des Handelnden erforderlich.

Zusammen gehn wir soweit, daß Vorsatz zu jedem, Absicht nur bei gewissen Verbrechen zu erfordern ist. Dann trennen wir uns; ich meine daß ein bestimmter äusserer Erfolg jedem Verbrechen zukommt, und glaube daß gerade bei den Verbrechen, an die *Temme* hier zu denken scheint, der Dolus auch ohne auf den Erfolg gerichtete Absicht bestehen kann. Davon im nächsten Paragraphen.

Zuletzt hat *Hälschner* (Syst. des Preuss. Strafrs. § 32, 33) in beachtenswerther Weise über die Bedeutung von Vorsatz und Absicht geschrieben. Er stimmt mit mir darin ganz überein, daß er

§ 21 an dem was vor ihm hierüber gesagt ist sich nicht genügen lässt. Seine eigene Stellung möchte er etwa so charakterisiren, daß er das von Berner begonnene von Herrmann weitergeführte Definitionswerk zum Abschluss gebracht hätte. Beide ebengenannte Vorgänger zeiht er wol nicht ohne Grund der Unklarheit, doch könnte ihm dieser Vorwurf vielleicht mit gleichem Rechte zurückgegeben werden.

> Wofern im gegebenen Falle eine solche Einheit (des Erfolgs der Handlung und der Willensbestimmung aus der sie hervorgegangen) stattfindet, daß das Geschehene das Gewollte ist, so bezeichnen wir dieses Verhältnis des Erfolgs der Handlung zum Willen als Vorsatz, oder der eingetretene Erfolg ist ein vorsätzlicher, indem er seinem ganzen Umfange nach als eine Wirkung erscheint, die ihre Ursache im Willen des Handelnden hat. Der Vorsatz erfordert daher daß der Erfolg bevor er handelnd ausgeführt wurde, für den Willen als das Auszuführende gesetzt war, und dieses Setzen ist die Sache des Denkens, das ein nothwendiges Moment jedes Willensacts ist.

Was ich hierwider zu sagen habe ist nichts das sich speciell wider Hälschner richtete; daß ich nicht damit einverstanden bin daß ein „Erfolg handelnd ausgeführt wird", und daß Setzen und Denken als Theil nicht als begleitendes Moment des Willensacts bezeichnet wird, liegt nach allem voraufgehenden völlig klar. Ebenso bekenne ich nicht zu wissen ob wo nach obiger Definition der Erfolg ein gewollter vorsätzlicher wäre, der Thäter diesen nur als Folge seiner freien Handlung vorhergesehn haben, oder gerade durch diese Aussicht zum Handeln bestimmt sein musste. Darauf aber ist hier kein Gewicht zu legen, dergleichen Angriffe könnte ich nach allen Seiten hin unternehmen, und bei gutem Willen uns in Hälschners Anschauungsweise zu versetzen ist es wol möglich in

dieser Definition sich zurecht zu finden. Dagegen bekenne ich der § 21.
Definition der Absicht nicht folgen zu können. Unmittelbar an die ebencitirten schliessen sich folgende Worte:

> Indem wir den Erfolg nicht als Wirkung, die ihre Ursache im Willen hat, sondern als in sich abgeschlossene Thatsache, die in ihrer Wirklichkeit denkend vorher gesetzt und gesehn worden war, auffassen, so bezeichnen wir dieses Verhältnis des Erfolgs zu der Denkthätigkeit des Handelnden als Absicht, und den Erfolg als einen absichtlichen, insofern seine Wirksamkeit eine vorher gedachte war.

Ich verstehe dies geradezu nicht: warum soll gerade wenn der Erfolg nicht als Wirkung die ihre Ursache im Willen hat erfasst wird das Verhältnis des Erfolgs zur Denkthätigkeit Absicht sein? und warum gehört es zum absichtlichen Erfolg daß seine Wirksamkeit eine vorher gedachte war. Spätere Erläuterungen machen wol, wie Hälschner überhaupt das Verhältnis der Absicht zum Vorsatz sich denkt, etwas anschaulicher, aber die citirte Definition wird auch von hier aus nicht genügend erhellt.

> Absicht und Vorsatz haben einen verschiedenen Inhalt insofern als die Absicht sich auf den Erfolg, und der Vorsatz sich auf die Thätigkeit bezieht, durch welche die Absicht ihre Verwirklichung finden soll.

Dies wäre an sich nicht unklar aber vorher war gesagt daß Vorsatz gerade ein Verhältnis des Erfolgs der Handlung zum Willen bezeichnen solle. Mag dies durch das folgende erläutert werden, so werden doch auch daran neue Zweifel sich knüpfen müssen:

> Vorsatz und Absicht sind nothwendig auf einander bezogen indem nicht blos die Thätigkeit als solche, sondern als Ursache des beabsichtigten Erfolgs vorgesetzt und indem auch der Erfolg nicht blos als eine Thatsache, sondern als eine durch die vorgesetzte Thätigkeit zu verwirklichende, beabsichtigt

§ 21. wird.... Es kann die Absicht sich ändern während der Vorsatz derselbe bleibt, da dieselbe vorgesetzte Thätigkeit verschiedenen Absichten zu dienen vermag, obwol auch in diesem Falle der Vorsatz insofern modificirt erscheint, als er mit Bewusstsein auf die Verwirklichung einer veränderten Absicht bezogen wird. Umgekehrt kann die Absicht unverändert bleiben, während der Vorsatz sich anders gestaltet, weil dieselbige Absicht durch eine verschiedenartige Thätigkeit sich verwirklichen kann, nur daß wiederum auch die Absicht insofern mit berührt wird, als ein in andrer Weise sich verwirklichender Erfolg beabsichtigt wird. Absicht und Vorsatz bedingen sich also gegenseitig in der Art daß es keinen Vorsatz ohne Absicht, keine Absicht ohne Vorsatz geben kann, und daß sie nicht blos äusserlich und gleichgültig neben einander, sondern in einer unlöslichen Beziehung zu einander stehn, mit andern Worten: es sind Absicht und Vorsatz nur die Bezeichnung der concreten Form, in welcher das Denken und Wollen in der Handlung sich darstellen, und sie stehen darin zu einander in dem gleichen Verhältnis, in welchem Denken und Wollen überhaupt zu einander stehn.

Die von Hälschner entwickelten Begriffe Vorsatz und Absicht erscheinen hiernach nicht halt- und brauchbarer als die von andern uns gebotenen. Den Grund aber, warum soviel ernste und besonnene Arbeit ohne rechten Erfolg verblieben ist, sehe ich darin daß man über die ersten Anfänge, Unterscheidung der verschiedenen Kräfte des Menschens, des Wollens und Wissens, von Handlung und Erfolg fortgegangen ist ohne sich ein klares Bewusstsein der Gegensätze zu verschaffen.

§ 22.

Bedeutung der Absicht.

Ist stets eine auf den verbrecherischen Erfolg gerichtete Absicht zu erfordern um volle Schuld (dolus) anzunehmen? oder kann nach Umständen der Dolus auch im bloßen Vorsatz bestehn? Mit andern Worten, liegt die nicht in Fahrlässigkeit aufgehende Schuld nur da vor, wo der Verbrecher gehandelt hat um den verbrecherischen Erfolg hervorzurufen, oder auch da, wo er ohne diese Absicht beim Handeln doch den fraglichen Erfolg vorhergesehn hat? Von der Entscheidung hängt zunächst das ab, ob eine Anzahl von Straffällen in das Gebiet des Dolus zu verweisen sind, oder nicht. Aber hierin liegt die Bedeutung unserer Frage doch nur zum kleineren Theile. Jener Grenzfälle, die entweder auf die eine oder auf die andere Seite gestellt werden können, sind im Verhältnis zur Masse aller andern doch nur wenige und auch in der praktischen Behandlung dieser relativ wenigen Fälle braucht der Gegensatz nicht schroff hervorzutreten. Denn wer Dolus annimmt wird doch geneigt sein anzuerkennen daß der Dolus hier minder intensiv sein könne als wol in andern Fällen, und wieder haben diejenigen, die eine engere Begrenzung des Dolus vorziehn, Zwischenstufen zwischen dolus und culpa statuirt, auf welchen gerade unsere Fälle Platz und nicht allzu gelinde Strafe finden sollten. § 22.

Wichtiger ist die Entscheidung der Frage für die Behandlung gerade der Fälle, bei denen das Dasein des Dolus nicht in Zweifel gezogen werden kann. Worauf soll man bei diesen das Hauptaugenmerk richten, auf die Voraussicht, das Wissen, das der Thäter beim Handeln gehabt? oder auf das Ziel das er sich vorgesteckt hatte, um dessentwillen er zum Handeln sich entschlossen? Die ganzen Lehren von dolus determinatus und indeterminatus, directus

§ 22. und indirectus, und die feineren Unterscheidungen d. exclusivus alternativus eventualis, haben nur Bedeutung wenn wir den Dolus als Absicht charakterisiren. Macht schon Vorsatz vollen Dolus aus, so vereinfacht sich die Lehre und jene Unterscheidungsnamen werden bedeutungslose Formeln. Daß bei den Distinctionen und Subdistinctionen des Dolus, wie dieselben in unserem Jahrhundert bald so bald anders aufgestellt worden sind, nicht viel herausgekommen, giebt die große Menge der Einsichtigen schon jetzt zu. Und daß dies eine zwar müßige unfruchtbare aber doch unschädliche und harmlose Spielerei gewesen, die nur den Theoretikern gefallen und nur auf Lehrbücher ihre Wirkung geäussert habe, ist auch nicht zu behaupten. Von unklaren Voraussetzungen ausgehend und darum auch in ihren Resultaten der Festigkeit und scharfen Begrenzung ermangelnd haben all die Theorieen von der Eintheilung des Dolus über Gesetzgebung und Praxis eine dauerhafte Herrschaft zu erstreiten nicht vermocht. Aber wenn sie den Einfluss den sie beanspruchten nicht erlangt haben, so sind sie doch auch keineswegs spur- und wirkungslos verklungen. Wie weit einzelne Gesetzgebungen gefolgt sind davon im § 31. Auch in den Ländern wo in das Strafgesetz entsprechende Bestimmungen nicht aufgenommen sind, hat die Praxis den Einwirkungen der Theorie in dieser Beziehung sich nicht ganz entziehen können. Befriedigung ist der Praxis daraus nicht mehr geworden als der Theorie. Es wäre ein unleugbarer Fortschritt wenn wir den ganzen Distinctionenkram mit gutem Gewissen bei Seite werfen könnten. Aber wir können dies nur, wenn wir das Princip überwinden das die Unterscheidungen und Abtheilungen erheischt. Darin sehe ich den wichtigsten Erfolg richtiger Beantwortung der aufgeworfenen Frage.

Die Antwort für die wir uns entscheiden müssen ergiebt sich aus dem bereits vorgetragenen. Zur vollen Schuld ist nicht überall

Absicht zu erfordern, Vorsatz, Vorwissen des Erfolgs bei der § 22.
Handlung kann genügen. Der Zusammenstellung der Gründe mit denen wir diese Antwort rechtfertigen schicken wir die Betrachtung einzelner Straffälle voraus, um am concreten Beispiele unsere Auffassung von Vorsatz und Absicht darzulegen, was um so nöthiger erscheint, als wir anerkanntermaßen einen festen Sprachgebrauch nicht für uns haben; zugleich auch die praktische Erheblichkeit der Frage ob Dolus, volle Verbrechensschuld, mit dem einen oder dem andern jener Begriffe zusammenfallen zu erörtern.

Vorangehn mögen Fälle in denen ich Absicht annehme, obgleich dieselbe nicht zunächst auf den verbrecherischen Erfolg sich richtet, dieser vielmehr nur beiläufig als Mittel zum Zweck mit beabsichtigt wird.

A ist ein Trunkenbold, mehrfach bestrafter Verbrecher, der seine Frau mishandelt. X, der Frauen Bruder, vielleicht gar für das Leben der Schwester besorgt, erschlägt bei günstiger Gelegenheit den A. Hier ist der Tod des A an sich für den X kein wünschenswerthes Ereignis, dessentwegen er sich mit einem Verbrechen belasten möchte, nur die vorhergesehenen Folgen dieses Todesfalls, daß die Schwester in Zukunft den Brutalitäten des A entzogen sein wird, das bestimmt den X zum Morde. Nichtsdestoweniger wird man sagen daß X auch den Tod des A beabsichtigt habe. — Aehnlich folgendes. Ein Brandstifter führt zu seiner Vertheidigung aus, der Brand, der Schaden dritter sei ihm gleichgültig ja unerwünscht, nur für sich habe er Freude haben, an der schönen Flamme sich ergötzen wollen. — Nach einem Raubmord behauptet der Thäter, er habe nicht zu tödten beabsichtigt, nur um sich zu sichern habe er dem Angefallenen so lange die Kehle zuhalten müssen bis derselbe erstickt sei. Ein Dieb wird verfolgt, er sieht sich erreicht, stößt mit dem Messer hinter sich den Verfolger abzuwehren, und verletzt diesen tödlich. Was den Dieb zum Handeln

§ 22. treibt ist zunächst nicht die Aussicht auf das Leiden des Dritten, sondern der Wunsch die eigne Freiheit zu wahren. Er beabsichtigt also sich zu schützen, aber das Mittel, die eigne Sicherheit zu behaupten, ist die Verletzung des andern. Man wird all diese Fälle gleich beurtheilen: der Dieb hat auch diese Verletzung beabsichtigt, ebenso der Räuber die Tödtung, der Brenner die Brandlegung.

Die Folgen einer Handlung erscheinen uns als Reihe von Ereignissen, von denen wir bald mehr bald weniger überblicken. Wer aus dieser Reihe einen Erfolg in das Auge fasst und von ihm zum Handeln sich bestimmen lässt, von dem sagen wir er beabsichtige diesen Erfolg. Aber zwischen dem eigentlich beabsichtigten Erfolge und der Handlung aus der er fliesst, können viele andere Erfolge derselben Handlung liegen, die in naturgemäßer Verkettung den beabsichtigten Erfolg herbeiführen. Der Handelnde kann diese Zwischenerfolge vorhergesehn und erkannt haben wie gerade sie geeignet sind ihn an sein Ziel zu führen. Die vorgesehenen Zwischenerfolge sind mit beabsichtigt. So sagt man im gemeinen Leben, wer ein Ziel erreichen wolle und wissentlich die Mittel nütze die dahin ihn bringen, der wolle auch die Mittel. In den angeführten Fällen ist es nicht der in das Verbrechen fallende Erfolg selber, der den Thäter treibt, vielmehr ein aus diesem näheren entspringender fernerer Erfolg; die Verübung des Verbrechens ist das Mittel diesen Erfolg herbeizuführen, und dies Verhältnis ist vom Thäter erkannt. Das Verbrechen selber ist beabsichtigt nicht als Endzweck sondern als Mittel zum Zweck. Im Begriff der Absicht liegt nicht daß worauf wir sehn das letzte Ziel unseres Strebens sei, nur daß wir handeln um das erschaute zu erreichen, gleichviel übrigens ob wir vorausbedacht haben wohin nach Erreichung dieses Zieles wir weiter uns wenden mögen.

Die Relevanz der Frage ob ohne Absicht kein Dolus anzu-

nehmen tritt auch bei diesen Fällen heraus. Wer Absicht nicht zu § 22.
den wesentlichen Requisiten aller vorsätzlichen Vergehen zählt, wird im letztbetrachteten Falle nur darauf sehn ob der flüchtige Dieb, indem er mit dem Messer hinter sich gestoßen, irgend wie den Erfolg, daß er den Verfolger treffen und tödlich verwunden könne, als möglich erkannt hat; was meist leicht zu ermitteln sein wird. Steht dies fest, so bleibt über die Natur des vorliegenden Verbrechens kein Zweifel. Für die Bestimmung des Strafmaßes mag dann in betracht gezogen werden, worauf die Absicht des Verbrechers bei geführtem Stoße gegangen ist, und daneben noch manches andre. Wer aber die Absicht als wesentliche Voraussetzung jeder dolosen Verletzung erfasst, der muss von vornherein diese Absicht zu ergründen suchen, ob der Thäter den Verfolgenden nur hat abschrecken oder mit dem Messer treffen wollen, dann ob er ihn leicht schwer tödlich zu verwunden beabsichtigt hat. Daran müssen Zweifel über die Art des Verbrechens im einen und im andern Falle sich knüpfen, Zweifel die um so nutzloser sind, als gewöhnlich vielfach der Verbrecher nicht bei der That und noch weniger nach der That der eignen Absicht sich völlig klar bewusst gewesen ist.

Verschieden von der bisher besprochenen, aber vielleicht doch dem Gebiet der absichtlichen Vergehungen nicht ganz zu entziehn, ist folgender Fall. X beabsichtigt den Tod von B und von C. Er will sie vergiften, weiss aber das Gift nicht anders ihnen beizubringen als bei einer Mahlzeit, die jene beiden mit A gemeinsam verzehren. Und A ist sein lieber Freund, den er gern am Leben erhalten möchte. Dennoch vergiftet er die Speisen, von denen B und C und nicht minder A geniessen werden. Nur A stirbt in Folge des Giftes. Ist hier X nicht nur wegen des an B und C versuchten, sondern auch wegen des an A vollendeten Giftmordes zu strafen? Nach meiner Auffassung ist dies unbedenklich. Aber auch wer Ab-

§ 22. sicht erfordert, mag in diesem Falle noch sie herausfinden zu können glauben. Verschieden von den vorigen ist der Fall dadurch, daß der Erfolg, der den Thäter zum Handeln bestimmt nicht als Folge des eingetretenen verbrecherischen Erfolgs sich darstellt; B und C hätten sterben können auch wenn A am Leben geblieben wäre, so gut wie jetzt A verstorben ist, B und C gesund geblieben sind. Die beiden fraglichen Erfolge also stehen nicht in dem Verhältnis von Ursach und Wirkung, Mittel und Zweck zu einander. Der Tod des A erschien dem X weniger als die causa efficiens, denn als condicio sine qua non des Todes des andern. Dies tritt noch ersichtlicher hervor wenn wir den Fall ein wenig umgestalten. A B C fahren ein in ein Bergwerk. X zerschneidet den Strick, der die Tonne in welche sie gestiegen sind trägt. Uebrigens nehmen wir wieder an daß X nur dem B und dem C den Tod wünscht, und daß A allein sich tödlich verletzt. X sieht also in ganz gleicher Weise den Tod des A, des B und des C vorher. Wollen und Vorsicht, soviel ich zu doloser Tödtung erfordere, ist in diesem Falle leicht nachweisbar, gegenüber dem A so gut wie gegenüber den andern. Eine einfache Consequenz hieraus, daß wenn A stirbt ich den X deswegen doloser Tödtung schuldig spreche Im Resultat, daß die Strafe des vollendeten Mordes zur Anwendung kommen müsse, glaube ich die Majorität auf meiner Seite zu haben. Hinsichts der Begründung dürfte die Uebereinstimmung nicht ebenso zweifellos sein. Läßt man sich nicht durch den Gedanken teuschen daß hier ein Aberrationsfall vorliege und solche Fälle nach besonderer Theorie zu beurtheilen seien, so handelt es sich einfach um die Frage, ob man bei dem X die Absicht den A zu tödten voraussetzen könne und dieser Absicht wegen dolose Tödtung annehme, oder ob man solche Absicht hier nicht finde aber zur vorsätzlichen Tödtung auch nicht erfordere. Wer wie ich Absicht nicht zu den wesentlichen Voraussetzungen doloser Tödtung rechnet, der wird für den vorliegen-

den Fall der Frage, ob Absicht vorhanden oder nicht, nur sprachliche § 22.
Bedeutung zuerkennen mögen. Aber treten wir auf den Standpunkt der Gegner: liegt in unserem Falle die Absicht zu tödten vor? Wir sagten oben: beabsichtige ich das Ziel, so beabsichtige ich auch das Mittel das ich wissentlich gebrauche. Hier können wir ähnlich sagen: beabsichtige ich einen Erfolg, so beabsichtige ich auch was wie ich sehe mit diesem Erfolge in nothwendigem Zusammenhange steht; wie die causa efficiens muss auch die condicio sine qua non als mitbeabsichtigt gelten. Das klingt ganz ansprechend; aber vermögen wir denn einen nothwendigen Zusammenhang in dem gewisse Wirkungen unserer Handlungen mit andern Folgen stehn werden im voraus mit Sicherheit zu erkennen? X handelt ganz gleich wider A und B und C, und doch sind die Folgen ganz verschieden. Und wenn X nun ein überlegter Mann war, vorhersah daß vielleicht A, vielleicht B und C mit dem Leben davon kommen mochten, ändert dies an seiner Verschuldung? Liegt Absicht nur vor wenn er den Tod des A irrthümlich als nothwendigen Begleiter des Todes von B und C voraussetzte? Dann träfe volle Strafe nur den, der eine Einsicht die ihm nicht zusteht fälschlich bei sich voraussetzt. Wollen wir dies nicht, so können wir den Begriff des Mitbeabsichtigens nicht beschränken auf das was jemand als wirkliche condicio sine qua non, nothwendige Begleitung des beabsichtigten Erfolges betrachtet. Wir müssen das Mitbeabsichtigen ausdehnen auch auf was mit dem beabsichtigten Erfolge in lockerer Verbindung zu stehn scheint; wo sollen wir die Grenze finden?

Vielleicht daß wem nicht gleich eine gute Antwort einfällt auf diese Frage, abspringt von der bisher vertretenen Meinung. Wenn X den Tod des A durchaus nicht wünscht, der Möglichkeit eingedenk ist, daß dieser als gewandter Mann sich retten mag auch wenn er hundert Fuß tief hinabfällt, und nur handelt um B und

§ 22. C zu verderben, dann beabsichtigt X den Tod des A nicht, nur den des B und des C. Ich bin einverstanden auch mit diesem Ausspruch. Wer so spricht muss dann aber weiter sagen, entweder daß auch absichtslose Tödtung als Mord zu strafen sein kann, oder daß X kein Mörder ist, nur wegen culposer Tödtung und versuchten Mordes gestraft werden darf. Wer keins von beiden zugeben will, der muss Absicht im vorliegenden Falle annehmen, und ihr Dasein beweisen so gut oder so schlecht er eben kann.

Wir betrachten noch einen ähnlichen Fall. X ist jetzt ein Arzt, bestochen einer Schwangeren Gift einzugeben. Er giebt ihr eine Dosis weitaus genügend den Tod herbeizuführen; als Arzt aber sieht er vorher, daß wenn rechtzeitig Gegenmittel angewandt werden, das Leben der Frau erhalten werden mag, daß aber auch in diesem Falle ein Abortus eintreten muss. Ich brauche wol kaum zu erinnern daß auch dieser Abortus nicht mit absoluter Nothwendigkeit vorhergesehn ist, X weiss unter 1000 Fällen der Art erfolgt eine Frühgeburt 999 mal. Der Abortus selber hat gar kein Interesse für den Arzt, er wünscht den Tod der Frau, um die versprochene Summe zu erhalten, alles andere ist ihm gleichgültig. Die Schwangere stirbt nicht, aber sie abortirt. Strafen wir nun die versuchte Tödtung oder auch die vollendete procuratio abortus? Die Strafe des betreffenden Versuchs kann viel niedriger sein, z. B. wenn der Arzt vielleicht selber von Reue ergriffen die Gegenmittel verordnet hat. Wer die procuratio abortus straft, muss erklären entweder daß dieselbe von dem X beabsichtigt, oder daß die Absicht unwesentlich ist. Im ersten Fall entstehen wieder die schon oben berührten Schwierigkeiten den Begriff des Beabsichtigten genau zu umgrenzen. Für uns hat diese scharfe Abgrenzung keinen Werth da die nach unserer Auffassung wesentlichen Requisite des dolosen Vergehens in diesem wie in den vorhergehenden Fällen zweifellos vorhanden sind. Wir dürfen also zu anderen Beispielen

übergehn, bei denen nicht mehr das Dasein der Absicht zweifelhaft, § 22.
sondern das Nichtdasein gewis ist.

X ein guter Schütz wettet den Knopf auf der Jacke des H zu treffen, der hundert Schritt von ihm steht. X weiß daß seine Kugel in die Brust des H dringen und diesen tödlich verletzen kann. Uebrigens ist er ohne Hass gegen H, es würde ihm herzlich leid thun wenn er ihn erheblich beschädigte. Nur der Ehrgeiz, als bester Schütz des Orts zu gelten, treibt ihn zum Unternehmen. Tödtet der Schuss den H, so nehme ich keinen Anstand den X, weil er den Erfolg als möglich vorhergesehn, als Mörder zu strafen. Daß X die Absicht gehabt habe den H zu tödten würden die meisten bestreiten. Ebendarum werden viele, die einen dolosen Verbrecher ohne Absicht nicht sich denken mögen, den X nur wegen culposer Tödtung strafen zu können glauben.

Ein andres Beispiel. Der Arzt nimmt an seinem Patienten eine Operation vor, von der er weiss daß sie lebensgefährlich ist. Er weiss ferner daß er den Kranken auch auf anderm völlig ungefährlichen Wege heilen könnte, aber die Liebe zur Wissenschaft treibt ihn ein interessantes Experiment zu machen, zu dem vielleicht nie wieder so schöne Gelegenheit sich bietet. Hieher gehört auch der bekannte Flibustierscherz, bei der Mahlzeit geladene Pistolen unter Tisch abzufeuern. Wer dies thut beabsichtigt auch nur die Kameraden zu erschrecken, er weiss aber sehr wohl daß möglichen Falls die Kugel ein Bein treffen und erheblich beschädigen kann. Ferner: X ist der Feind des B, dessen Scheune zwischen den Häusern des A und des C liegt, beide Verwandte des X, mit denen er sich gut verträgt. X legt Feuer an die Scheunen. Er weiss daß die Nachbarshäuser vom Feuer erfasst werden können, aber daß dies geschehen wird ist nicht gewis. Es sind feste Häuser, er selber wird zeitig Lärm machen und löschen helfen. Die Häuser brennen ab ebenso wie die Scheunen. Die Strafe der Brandstiftung pflegt bei

§ 22. bewohnten Gebäuden erheblich höher zu sein als bei unbewohnten. Sollen wir dem X die volle Strafe zuerkennen oder, abgesehn von dem Verbrennen der Scheune, nur wegen culposer Brandstiftung strafen? Die besprochenen Beispiele sind absichtlich so gewählt daß sie durch ihren ausserwesentlichen Bestand nicht für meine Anschauungen einnehmen, vielmehr nur die Consequenzen derselben unverhüllt heraustreten lassen. Möglich daß bei andern wesentlich gleichartigen meine Entscheidungen eher Beistimmung finden.

Ein junger Mediciner steht mit einem Mädchen in zärtlichem Verhältnis. Das Mädchen wohnt bei einer alten Tante, von der es ängstlich bewacht wird. Um ungestört mit der Schönen zu sein hat der junge Mann wiederholt der Alten einen Schlaftrunk gegeben. Er weiss daß dieser bei der ihm genau bekannten körperlichen Beschaffenheit der Tante sehr schädlich wirken kann, daß aller Wahrscheinlichkeit nach der Genuss der betreffenden giftigen Substanzen über kurz oder lang den Tod herbeiführen wird. Aber hat sie zehn mal das Gebräu vertragen, warum nicht auch noch ein elftes und zwölftes Mal. Uebrigens gedenkt er selber das Verhältnis nicht für immer fortzusetzen, übersteht die Alte noch einige Dosen, so mag sie mit dem Leben davon kommen. Aber sie stirbt in Folge eines solchen Tranks, und der junge Arzt ist ehrlich genug einzugestehn von diesem Todesfalle nicht überrascht zu sein, vielmehr sei es ihm aufgefallen daß das Gift den Tod bei so häufigem Genuss nicht schon früher bewirkt habe. Der Tod der Tante war ihm zu jeder Zeit ein sehr unerwünschtes Ereignis; er hatte nichts wider die Frau, und sah vorher daß ihr Tod ihm für immer die Freuden rauben würde, die eben der Gebrauch der einschläfernden Mittel ihm schaffen sollte. Auch daß gerichtliche Untersuchungen statt finden würden hatte der Thäter erwartet, und schon darum den Todesfall gefürchtet. Nur ungemessene Begier und die Hoffnung auf einen wenngleich kaum erwarteten doch immerhin

möglichen glücklichen Erfolg, hat ihn zum Handeln bestimmt. Die § 22. Handlung zieht hier einen verbrecherischen Erfolg nach sich, den der Thäter als sehr wahrscheinlich vorhererkannt hat, dessen Eintreten aber mit der Erreichung der Zwecke, welche für das Handeln bestimmend sind, in keinem Zusammenhange steht, und dem Thäter selber höchst unbequem ist. Dennoch glaube ich daß manche Richter geneigt sein würden hier wegen mehr als fahrlässiger Tödtung zu strafen. Ein verwandter Fall: Vier Complicen, Schmiede aus dem nahen Dorfe wollen eine Schiene von der Eisenbahn stehlen. Sie wissen daß bald ein Zug kommen wird, daß in der Dunkelheit der Schaden, den sie dem Geleise thun, unbemerkt bleiben und daraus leicht großes Unheil entstehen kann. In stumpfer Gleichgültigkeit über den weiteren Erfolg gehn sie an ihre Arbeit. Sie haben eine Schiene gelockert und verschoben, als der Zug sie erreicht. Die Maschine springt vom Damm ab, andere Wagen kommen aus den Schienen, stürzen einer über den andern, so daß Menschen das Leben verlieren, viele schwer verletzt werden. Was können wir hier den vier Gesellen zurechnen: nur was sie beabsichtigt haben? dann müssten sie mit der Strafe qualificirten Diebstahls abkommen. Oder strafen wir auch wegen des weiteren Schadens, den sie angerichtet und als möglich vorhergesehn aber doch nicht beabsichtigt haben?

Wie ich Vorsatz und Absicht unterscheide, und was ich darunter verstehe daß auch Vorsatz ohne Absicht volle Dolusschuld begründen könne, dürfte durch die Betrachtung dieser Fälle genügend klar geworden sein. Warum ich diese Ansicht vertrete folgt aus den angenommenen Principien mit Nothwendigkeit. Wir haben hier nur das, was vorher ausführlich entwickelt ist, kurz zusammen zu fassen.

Der Staat ist Herr seiner Glieder. Der Einzelne soll ihm Gehorsam leisten so weit es sich um den Gebrauch der Kräfte han-

§ 22. delt die nach aussen zu wirken vermögen. Neben dem schuldigen Gehorsam ist dem Einzelnen die Selbstbestimmung dieser Kräfte verblieben, er soll die Kräfte gebrauchen entsprechend dem Willen des Staats, aber er ist vermögend sie auch wider diesen Willen zu gebrauchen. Damit er aber sich selbstbestimmend die Kräfte doch dem Staatswillen gemäß gebrauche, muss er den Staatswillen erkennen können; das vernünftige Erkennen ist die nothwendige Bedingung der Freiheit. Handelt der Einzelne dem erkannten Staatswillen gemäß, so gebraucht er die Freiheit; er misbraucht sie, wenn er dem erkannten Staatswillen zuwiderhandelt. Der Misbrauch der Freiheit fliesst aus einem Siege des Egoismus über das Pflichtgefühl, der Einzelne setzt sich zu dem Staat in bewussten Widerspruch, es ist dies eine Auflehnung die der Staat durch Strafe brechen und sühnen muss, wenn er seine Oberherrschaft voll behaupten will. Misbrauch der Freiheit, und also Grund zur Strafe ist überall vorhanden wo der einzelne will während er sieht daß was er will in seinen Folgen dem Staate zuwiderlaufen würde. Warum der einzelne die Freiheit misbraucht, welches besondere egoistische Motiv ihn zum Ungehorsam treibt, scheint für die Frage ob Misbrauch und strafbare Schuld vorliegen, indifferent zu sein. Darum dürfen wir nicht mehr als Vorsatz zu voller Schuld erfordern.

Wäre Absicht, nicht überhaupt auf irgend einen Erfolg gerichtet, denn ein völlig absichtsloses unmotivirtes Handeln ist bei dem zurechnungsfähigen Menschen überall nicht anzunehmen, sondern speciell die auf den verbrecherischen Erfolg abzielende Absicht Requisit, und vermöchte diese Absicht eine bei dem einfach vorwissentlichen Handeln noch nicht vorhandene Schuld zu erzeugen, dann läge die Schuld darin, daß der Handelnde durch das gerade was ihn bestimmt, zur Handlung sich bestimmen lässt. Nicht daß er mit der Handlung in klarer Voraussicht seine Kräfte wider den

Staat bewegt, sondern daß er dieses Zweckes halber um zu tödten, § 22.
um zu verletzen u. s. w. sie bewegt, daß er gerade diesem Motive nachgegeben, wäre das Strafbare. Daß egoistische Zwecke anderer Art den Sieg erringen über das Gefühl der dem Staate gegenüber bestehenden Gehorsamspflicht wäre einflusslos, ungenügend wenigstens Dolusschuld zu erzeugen, nur die Begierde eben nach dem Verbrechenserfolge riefe diese ins Leben. Vergebens aber suchen wir nach Gründen hiefür. Die in der wissentlichen Begehung der verbrecherischen That liegende Auflehnung ist Auflehnung gleichviel aus welchem Motive sie geflossen.

Denken wir uns zwei Fälle nebeneinandergestellt, übrigens gleich nur dadurch unterschieden daß bei dem einen der verbrecherische Erfolg nur in dem Vorsatz, Vorwissen, des Thäters bei dem andern auch in der Absicht gelegen. Bei beiden ist die äussere Schädlichkeit oder Gefährlichkeit für den Staat dieselbe, der Zusammenhang von Handlung und Erfolg derselbe, und in beiden Fällen hat der Thäter die Möglichkeit daß dieser Erfolg aus dieser Handlung hervorgehn werde gleichmäßig vorhergesehn. In beiden Fällen gleich das Verfolgen eines egoistischen Ziels in dem Bewusstsein der Verletzung von Pflichten wider den Staat, verschieden aber das Ziel dessen Verfolgung zu der Pflichtverletzung führt. Im einen Falle ist das Ziel selber ein staatswidriges, gerade der verbrecherische Erfolg zieht den Thäter an; im andern ist der Erfolg an sich unschädlich, dessen Anstreben aber, wie der Thäter sieht, dem Staate gerade ebenso nachtheilige Wirkungen hervorrufen kann wie das Ausgehn auf den Verbrechenserfolg selber. Da die Voraussicht beide Male dieselbe ist, so scheint der Unterschied darauf hinauszulaufen, daß in jenem Falle die Voraussicht des verbrecherischen Erfolgs den Handelnden anzieht, in diesem von der Verübung des Verbrechens nicht abhält. Also in diesem „sich anziehn lassen“ müsste die besondere Schuld des „absichtlich“, im

§ 22. Gegensatz zu dem „vorsätzlich" Handelnden liegen. Analysiren wir was sträfliches in der Anziehung enthalten sein mag. Daß der Erfolg dem Thäter gefällt ihm lockend und reizend erscheint mag sündhaft sein, strafbar ist es sicher nicht. Auch daß der Thäter der Lockung folgt, handelt um sich das erwünschte Etwas zu verschaffen ist nicht strafbar an sich, nur dann wird es strafbar wenn er zugleich sieht daß eben was ihn lockt staatswidrig, schädlich oder gefährlich ist, und in dieser Voraussicht handelt. Wiederum also scheinen wir darauf gewiesen zu werden, daß auch bei dem absichtlich verbrecherischen Handeln der Kern der Strafbarkeit aus dem besteht was dem absichtlichen mit dem vorsätzlichen Handeln gemein ist. Haben wir den Zusammenhang zwischen Schuld Freiheit Vernunft richtig entwickelt, so kann hieran kein Zweifel sein.

Bisher haben wir uns abwehrend verhalten gegen die Bedeutung der Absicht, um Ausschreitungen zu begegnen die von mancher Seite mit mehr oder minder klarem Bewusstsein gemacht worden sind. Wir haben jetzt anzugeben welcher Platz nach unserem Dafürhalten der Absicht neben dem Vorsatze gebühre. Eine große Anzahl von Verbrechen zählt die Absicht zu ihren unentbehrlichen Voraussetzungen, und auch bei den Verbrechen wo dies nicht der Fall, ist eine absichtliche Verübung ausnahmslos möglich, und wenn sie stattfindet auf die Bemessung der Strafbarkeit von Einfluss.

Sehen wir zunächst welche Verbrechen als Absichtsverbrechen in dem Sinne zu bezeichnen sind, daß bei ihnen die Absicht zur Begehung unentbehrlich ist. Wir stoßen auf zwei Klassen von Vergehungen. Manche Verbrechen, scheint es, könnten ohne Absicht gar nicht verübt werden; nicht daß bei mangelnder Absicht Handlung und Erfolg, soviel zum Verbrechen gehört, straflos wären, vielmehr würden die solche Erfolge nach sich ziehenden Handlungen überall nicht in das Leben treten, wenn der Thäter

nicht von der auf eben den Erfolg gerichteten Absicht bestimmt § 22.
würde. Beispielsweise können wir uns keine Nothzucht denken ohne daß der Thäter gewaltsame Schändung beabsichtigte. Uebrigens ist dies nichts verbrecherischen Handlungen eigenthümliches daß sie nur einer bestimmten eben auf den Erfolg abzweckenden Absicht ihre Entstehung verdanken können. Von unzähligen Handlungen des täglichen Lebens gilt dasselbe. Man isst trinkt schreibt nicht leicht ohne die durch die betreffenden Handlungen zunächst zu bewirkenden Erfolge zu beabsichtigen. Muss ich erinnern daß alle drei Worte „essen“ „trinken“ „schreiben“ keine reinen Handlungen, sondern Handlungen mit gewissen nahe liegenden Erfolgen bezeichnen? beim Essen und Trinken daß geniessbares durch die menschliche Kehle gebracht, beim Schreiben daß lesbares hergestellt wird. Die eigentliche Handlung besteht lediglich in der freiwilligen Vornahme der Körperbewegungen, durch welche diese Erfolge herbeigeführt werden. Der fragliche Erfolg scheint hier überall so naheliegend und unvermeidlich, daß wir uns nicht denken können der Handelnde habe sich völlig gleichgültig gegen ihn verhalten, nicht ihn oder doch was weiter durch ihn zu erreichen ist beabsichtigt, in welchem Falle auch der nächste Erfolg als mitbeabsichtigtes Mittel anzusehn wäre. Im Strafrecht scheinen es vornehmlich die auf Gewalt wider den Willen dritter hinauslaufenden Verbrechen zu sein, wie die schon genannte Nothzucht, daneben Raub Plagium und ähnliches, die ohne auf den Erfolg gerichtete Absicht nie begangen werden dürften.

Zu unterscheiden von diesen unter solchen Umständen und daher mit solchem Erfolge nur bei bestimmter Absicht möglichen Handlungen sind andere, die unter ganz gleichen Verhältnissen und mit äusserlich gleichem nächsten Erfolge auch ohne Absicht begangen werden können, aber straflos bleiben müssen wenn die Absicht fehlt. Aus der Wohnung des A die unverschlossen ist nimmt X ein

§ 22. Buch. Will X dies Buch sich heimlich aneignen, so ist der Diebstahl vollendet sobald X den Besitz ergriffen hat. X kann aber auch ein guter Freund des A sein, der das Buch entleihen will und der sobald er den A sieht ihm sagen wird was er gethan hat. Die Handlung des X ist in diesem Fall gerade so gestaltet wie im ersten, auch die Erfolge stimmen völlig überein, bis einschliesslich zu dem mit dem das Verbrechen sich vollendet. Nur die Absichten, aus denen die gleichen gleiche Erfolge nach sich ziehenden Handlungen fliessen, sind verschieden, und diese Verschiedenheit ist so mächtig daß im einen Fall ein Verbrechen vorliegt im andern nicht. Viele andre Fälle des Diebstahls sind dem besprochenen hierin gleich. Handlung und Erfolg, soviel jedes Mal zur Vollendung des Verbrechens zu erfordern wäre, können ebenso aus diebischer wie aus unschuldiger Absicht hervorgehn; die Strafbarkeit wird durch die Absicht bedingt. Und keineswegs ist der Diebstahl der einzige Verbrechensbegriff der in dieser Weise die Absicht voraussetzt. Betrug, Fälschung Unterschlagung sind gleichgeartet.

Versuchen wir nun das Gebiet dieser zweiten Klasse von Absichtsvergehn zu begrenzen. Der Erfolg eines Verbrechens besteht bald in einem absoluten Schaden bald auch ohne solchen. Der Begriff des absoluten Schadens fällt zum großen Theile mit dem damnum corpori datum zusammen, aber die Anschauung, die den Ausdruck erzeugt ist hier eine andre als dort. Wenn ein Verbrechen nur dem einen nimmt was er dem andern giebt, dann ist der Schaden kein absoluter nur ein relativer; überdies giebt es Verbrechen die niemand Schaden wirken. Absolut ist der Schaden nur wenn überhaupt irgend etwas aufhört zu sein, oder weniger gut wird als es vorher gewesen, wenn also gleichsam die Gesammtheit aller einen Schaden nimmt, ihr ein durch kein Plus ersetztes Minus wird. Ein solcher Schaden tritt ein wenn ein Mensch getödtet oder sonst verletzt wird, ebenso wenn eine körperliche Sache zerstört oder

irgend wie verdorben wird. Dies verderben werden wir ebenso § 22.
ausweiten müssen wie die Römer das „ruperit“ der l. Aquilia ausgedehnt haben. Also nicht blos dahin daß die Sache an sich irgend schlechter geworden, sondern auch darauf wenn sie übrigens wohlbehalten an einen Ort gebracht ist, der ihre Benutzung verhindert oder doch erheblich erschwert, Geld in die Felskluft Diamanten ins Meer geworfen sind. Der absolute Schaden kann aber auch über die weitest mögliche Ausdehnung des damnum corpori d. hinausgehn, von dem Gebiet des Materiellen auf das des Idealen übergreifen. Im Incest Ehebruch eidlicher Versicherung des Unwahren liegt etwas absolut unter allen Umständen schädliches und den Interessen der Gesammtheit widerstrebendes, das durch Vortheile oder Annehmlichkeiten die einzelnen hiebei gewirkt werden niemals aufgewogen werden kann. Das Eintreten solch absoluten Schadens wird allgemein als etwas unerfreuliches, und das Hervorrufen desselben durch zurechenbare Handlungen als etwas ungebührliches erscheinen. Nur wo jemand in solcher Handlung sein Recht übt, den eigenen Körper oder die ihm rechtlich zugehörige Sache beschädigt, dringt der Satz durch, qui jure suo utitur neminem laedit, sonst wird man die Laesion mit Strafe zu ahnden sehr bereit sein. Anders wenn der Erfolg den allgemeinen Interessen nicht so evident widerspricht. Die Strafbarkeit der solchen Erfolg erwirkt habenden Handlung scheint nicht so klar hervorzutreten, man muß die Umstände unter denen sie vorgenommen näher in betracht ziehn, man erinnert sich daß derselbe Erfolg möglichen Falls mit den Gesammtinteressen auch sehr wohl vereinbar sein kann, und man sieht sich also gezwungen die ganze Stimmung des Handelnden, vor allem die Absicht bei der Handlung in betracht zu ziehn, um ein Urtheil zu gewinnen ob hier Schuld vorliegt oder nicht. Freilich wird man erkennen daß auch bei dem Herbeiführen absoluten Schadens durch Handlungen innere unsicht-

§ 22. bare Momente für die Schuld maßgebend sein müssen, doch ist es nicht unnatürlich daß wo äusserlich das Unrecht weniger hervorzutreten scheint, man von vornherein größere Sorgfalt auf die Beachtung des unsichtbaren Bestands des Verbrechens wendet. Im Deutschen Gemeinrechte aber und in den Particulargesetzen zeigt sich die Regel, daß nur wo absoluter Schaden zu den Voraussetzungen des Verbrechens gehört, auch ohne Rücksicht auf die Absicht des Thäters Strafbarkeit anzunehmen ist.

Den Nachweis, daß nach heutigem Deutschen Strafrecht überall wo die Absicht entbehrlich die Existenz absoluten Schadens zum Verbrechen erfordert werde, verspare ich auf den Paragraph 33. Zur Erläuterung unseres Satzes ist hier noch anzuführen daß derselbe nicht so umgekehrt werden darf: bei jedem Verbrechen das absoluten Schaden erfordere könne die Absicht fehlen. Auch von den absoluten Schaden voraussetzenden abstracten Verbrechen können einige ohne die auf den Erfolg gerichtete Absicht nicht bestehn. So wenn die absichtliche Form eines Verbrechens vom Gesetzgeber zum besonderen Verbrechen gestempelt ist.

Es scheint hiernach daß das Dasein der vorherbezeichneten zwei Klassen von Absichtsvergehn aus verschiedenen Ursachen zu erklären ist. Bei der einen, Nothzucht, überhaupt Gewalt gegen Personen, auch Sodomie, liegt der die Vollendung des Verbrechens bewirkende Erfolg so nah an der Handlung die ihn hervorruft, daß wir uns keinen Fall der Verübung denken können wo der Handelnde diesen Erfolg nur vorhergesehn und nicht auch beabsichtigt hätte; alles was die Handlung wirken kann wirkt sie nur durch diesen ihren ersten nächsten Erfolg, welchen weiteren Erfolg also der Handelnde vornehmlich beabsichtigt haben mag, er muss den ersten vermittelnden Erfolg mitbeabsichtigt haben. Bei der andern Gruppe der Absichtsvergehn aber, Diebstahl Fälschung Betrug, ist der Erfolg kein absolut schädlicher, die Handlung die

ihn hervorruft erscheint nicht unter allen Umständen sondern § 22.
nur wo sie aus besonders bösen Motiven geflossen ist als strafbar; darum gehört hier Absicht zu den Voraussetzungen des Verbrechens. Bei einzelnen Vergehungen dürfte das Erfordernis der Absicht so gut aus dem Zusammentreffen beider Gründe zu erklären sein.

Daneben ist anzuführen daß auch alle anderen Verbrechensbegriffe, die absoluten Schaden als Erfolg in sich aufgenommen und darum die auf den Erfolg gerichtete Absicht als nothwendiges Requisit nicht enthalten, auf concrete Verbrechen passen die absichtlich verübt werden: Tödtung erfordert die Absicht nicht, aber die Fälle absichtlicher Ermordung gehören nichtsdestoweniger auch unter diesen Begriff; Brandlegung ist ebenso kein Absichtsvergehn, absichtliche Brandlegung aber ist kein besonderes Verbrechen, nur eine Species des genannten Genus. Wir werden nicht zuviel thun, wenn wir zugeben daß bei allen abstract der Absicht nicht erfordernden Verbrechen doch bei weitem die meisten concreten Fälle mit Absicht verübt werden.

Noch ist zu bestimmen welche Bedeutung hier der Absicht zukomme. Ein Verbrechen ist es, mag die Handlung absichtlich oder blos vorsätzlich vorgenommen sein. Die Frage, ob strafbar, ist entschieden sobald der Vorsatz feststeht. Für die andre Frage, wie strafbar? ist der Beweis der Absicht auch bei den nicht unter die Absichtsverbrechen gehörigen Straffällen von Bedeutung. Regelmäßig wird das Hinzutreten der auf den Erfolg zielenden Absicht zu dem bloßen Vorhersehn desselben die Strafbarkeit erhöhen. Neben die Regel aber treten Ausnahmen: die Absicht kann auf einen andern gleichfalls verbrecherischen Erfolg gegangen sein, der eingetretene als möglich vorhergesehene Erfolg auch nicht mit beabsichtigt gewesen sein und der Thäter eben jener Absicht wegen ebenso schwer oder schwerer zu strafen sein als wenn er den eingetretenen Erfolg beabsichtigt hätte (Tödtung beabsichtigt,

§ 22. Abortus als möglich vorhergesehn und eingetreten). Aber auch wenn die Absicht des Verbrechers nicht auf einen verbrecherischen Erfolg gegangen ist, sind Fälle denkbar wo zu dem einfachen Vorsatz soviel erschwerende Momente hinzutreten daß die Schuld weit über das Minimum, das bei absichtlicher Verübung des gleichen Verbrechens anzunehmen wäre, hinauswachsen kann. Das Infanticidium ist stets absichtliche Tödtung; man ist jetzt ziemlich einverstanden daß dasselbe milder zu bestrafen ist als andre Fälle vorsätzlicher wenn auch nicht absichtlicher Tödtungen.

Wie für die Höhe der Schuld, so hat die Absicht auch für den Beweis der Schuld oft Bedeutung. Es liegt auf der Hand daß eine Voraussicht die auf die Handlungen des Sehenden keinen Einfluss geübt, ihn so wenig bestimmt hat zum Handeln wie sie ihn abgehalten davon, dem Richter meist weit schwieriger zu beweisen sein wird als die wirksame Handlungen hervorrufende und also auch in den Handlungen ausgesprochene Voraussicht, die wir Absicht nennen.

Wir stellen die Resultate dieses Paragraphen zusammen. Dolus ist mit Absicht nicht zu identificiren, weil es Verbrechen giebt bei denen die volle Schuldform auch ohne auf den verbrecherischen Erfolg gerichtete Absicht anzunehmen ist. Nothwendige Requisite des Dolus die nirgend fehlen sind nur das Wollen und Wissen die wir unter den Ausdruck Vorsatz zusammenfassen. Viele abstracte Verbrechen erfordern ausser dem Vorsatz noch Absicht. Nur die einen absoluten Schaden als Erfolg voraussetzenden Verbrechen können der Absicht entbehren. Aber auch diese werden meist absichtlich verübt und es ist alsdann das Dasein der Absicht wichtig so für den Beweis wie für die Bemessung der Schuld.

---

§ 23.

Fahrlässigkeit.

Wollen und Wissen sind die Elemente aus denen die strafbare Schuld sich zusammensetzt. Die Bedeutung die den hinzutretenden Momenten, Ueberlegung und Absicht zukommt ist nachgewiesen worden. Zu beantworten ist noch die andere Frage, ob von dem regelmäßig zu erfordernden Wollen und Wissen auch etwas aufgegeben werden könne, und doch Schuld genug bleibe um die Anwendung von Criminalstrafen zu rechtfertigen. § 23.

Soweit die Frage auf den Willen sich bezieht, ist die Antwort nicht schwer zu finden. Keine Bewegung kann zugleich gewollt, durch die eigne freie Thätigkeit des mit der Freiheit sich selber zu bestimmen begabten Subjects hervorgerufen, und nicht gewollt, unabhängig von dem Willen durch fremden Einfluss bestimmt sein. Wol können Theile eines scheinbaren Ganzen, das wir als Eine Bewegung auffassen möchten, dem Willen, andere Theile desselben Ganzen äusserer Einwirkung ihren Ursprung verdanken, das scheinbare Ganze ist dann aber in der That nicht Eine Bewegung, sondern ein Complex von mehren und verschiedenartigen in einander greifenden Bewegungen. Eine einzelne Bewegung die nicht aus dem Willen hervorginge wäre keine Handlung, dieselbe mit ihren Folgen dem bewegten Subject zuzurechnen fehlt jeder Grund. Sind die Bewegungen nicht gewollte, so sind sie gar nicht als etwas von diesem Subject ausgegangenes zu betrachten. Ohne eine Betheiligung des Willens ist keine Schuld denkbar, ein halb oder sonstiges Theilwollen ist ebenso undenkbar; also kann von dem Wollen bei criminell strafbarer Schuld überall nichts nachgelassen werden.

Mit dem Wissen scheint es fast ebenso zu stehn. Sehn wir ab davon daß dies Wissen ein weniger scharf umgrenzter Begriff, dem

§ 23. Nichtwissen nicht so direct entgegen gesetzt ist wie das Wollen dem Nichtwollen. Nur die Bethätigung des freien Willens kann Schuld erzeugen, und frei ist der Wille nur durch das Wissen. Ist also der Erfolg nicht so klar oder unklar wie es eben erfordert wird vorhergesehn, nicht gewusst, so liegt auch im Entschluss zu der Handlung die ihn herbeizieht kein Act des freien Willens, keine Bethätigung und also auch kein Misbrauch der Freiheit. Ohne Misbrauch der Freiheit ist die Schuld undenkbar, also müssen wir schliessen: ohne Wissen keine Schuld; sowenig wie diese ohne Wollen der den Erfolg herbeiführenden Körperbewegung anzunehmen gewesen wäre.

Die Antwort wäre befriedigend, wenn sich nicht sofort die weitere Frage eindrängte, ob nicht das Nichtwissen selber im Augenblick des Wollens und Handelns ein schuldvolles und strafwürdiges sein könnte. Und für die Bejahung dieser Frage scheint viel zu sprechen. Daß dem Menschen unter andern Kräften auch ein gewisses Erkenntnisvermögen gegeben ist können wir nicht leugnen, nachdem wir bei unserer Begründung so der Göttlichen wie der staatlichen Strafen gerade von dem Dasein dieses Vermögens ausgegangen sind. Mit dem Vermögen zu erkennen ist aber auch die Pflicht zu erkennen gesetzt, denn, wie auch schon gesagt ist, ungenutzt zu ruhn ist überall nicht die Bestimmung der Kraft. Dem Menschen ist der freie Gebrauch des Erkenntnisvermögens gegeben, er kann also auch es nicht gebrauchen wo die Pflicht es zu gebrauchen ihm obliegt, dieser Nichtgebrauch ist Misbrauch der Freiheit, so gut wie der pflichtwidrige Gebrauch oder Nichtgebrauch irgend einer andern menschlichen Kraft. Zum Misbrauch der Freiheit haben wir sonst erfordert daß von wem er ausgeht wider besseres Wissen verstoße; auch dies Moment liesse sich hier finden, denn der erwachsene und nicht verwahrloste Mensch weiß daß er sein Erkenntnisvermögen nicht ungenutzt lassen darf. Also scheint

es als ob auch hier eine Schuld vorhanden wäre, aber doch eine § 23.
Schuld anderer Art als die vorhin betrachtete. Um keinen Zweifel durch die Wahl der Bezeichnung zu erwecken benutzen wir die Römischen Ausdrücke „culpa" und „dolus", jenen in dem Sinn wo er den Dolus nicht mit umfasst.

Den Kern des Dolus sehen wir darin, daß der Thäter will obschon er weiss, d. h. die verbrecherischen Folgen seines Handelns voraussieht. Die culpa scheint vielmehr darauf zu beruhn, daß der Verbrecher nicht weiss nicht sieht, obgleich er will und handelt. Man könnte auch sagen, daß er will obschon er nicht weiss, d. h. daß er handelt ohne sich wie er konnte und sollte Kenntnis von den möglichen Folgen seines Handelns geschafft zu haben. Dolus setzt überall das Verfolgen eines egoistischen Zwecks voraus, von dem der Thäter nicht absteht obgleich er sieht daß er damit dem Staatswillen und den Staatsinteressen entgegen handelt. Bei der culpa tritt der Gegensatz des verfolgten egoistischen Zwecks zu dem Staatsinteresse nicht so klar hervor, der Thäter sieht bei der Handlung die Folgen seiner Handlung nicht die den staatlichen Anforderungen zuwiderlaufen. Betreffs des wirklich vorhandenen Gegensatzes findet ein Nichtsehn Uebersehn Versehn seitens des handelnden Subjects statt. Aber das Nichtsehn selber ist ein schuldvolles, und eben dies schuldvolle Nichtsehn macht den culpos Handelnden strafbar. Da jede culpa ein Nichtsehn Nichtthun voraussetzt, sind alle culposen Vergehungen Unterlassungsvergehn. Das Nichthandeln aber ist überall nur strafbar wo das Handeln Pflicht war; anders wäre ein schuldvolles Nichthandeln undenkbar. Der Handelnde muss also zunächst das Vermögen gehabt haben die betreffenden Erfolge vorauszusehn, und er muss verpflichtet gewesen sein von diesem Vermögen im concreten Falle Gebrauch zu machen. Wir müssen also die Strafbarkeit der culpa auf eine allgemeine Verpflichtung je des einzelnen dem Staate gegenüber zu-

§ 23. rückführen bei Vornahme von äusserlich wirksamen Handlungen die möglichen Folgen und Wirkungen dieser Handlungen nach Kräften zu erwägen. Ohne die Annahme dieser Verpflichtung dürften wir culposes Handeln nicht strafen. Da aber nicht jede, sondern nur die aus freier Willensbestimmung resultirende Nichterfüllung einer Pflicht strafbar ist, so müssen wir ferner erfordern daß der culpos Handelnde auch mit dieser Pflicht bekannt gewesen sei. Dies führt zu der Frage warum er, im Bewusstsein der Verpflichtung und der Möglichkeit der Pflichterfüllung, doch die Pflicht nicht zu erfüllen vorgezogen? Die Antwort: aus Schlaffheit und Lässigkeit. Wol kann man nun sagen der culpos Handelnde setze doch auch seine egoistische Bequemlichkeit und Trägheit höher als die Anforderungen des Staats, es ist aber nicht zu übersehn, daß dieselbe Faulheit und Lässigkeit, der er die Pflichterfüllung opfert, auch die Energie seines Bewusstseins lähmt und ihn nicht zur klaren Anschauung kommen lässt, wie weit er dem Willen des Staats zuwidergegangen ist. Der dolos Handelnde hat das deutliche Bewusstsein seiner Opposition, der Culpose weiss nur daß er nicht so ganz seine Pflicht erfüllt, während er übrigens meint daß gerade in diesem Falle die Pflichterfüllung keinen Werth für den Staat haben werde. Dolus und culpa stehn zu einander wie directes Widerstreben und unvollständiges Gehorchen. Aber auch der nicht volle Gehorsam ist Ungehorsam, und jeder freie Ungehorsam als Auflehnung wider den Staat strafbar.

So erklärt sich uns die Strafbarkeit der culpa, verschieden von der Strafbarkeit des Dolus. Dieser innern Verschiedenheit muss eine verschiedenartige Behandlung mit Strafen entsprechen; ob die Behandlung welche nach heutigem Deutschen Recht die culposen Vergehungen finden völlig gerecht sei ist eine zweite Frage. Die Consequenz würde von dem bisher entwickelten aus dahin führen, daß jede Unvorsichtigkeit an sich zu strafen, und die Strafe

lediglich nach der innern Schuld zu bemessen wäre. Dies geschieht § 23.
nicht. Der Staat straft nicht die Unvorsicht an sich, nur wenn sie zu Handlungen Anlass gegeben die schädliche Folgen nach sich ziehn. So wird von zwei moralisch gleich Schuldigen der eine gestraft der andere nicht; ein Erfolg dem wir auch sonst in unserem Strafrecht begegnen, z. B. bei der verschiedenen Behandlung des Versuchs und des vollendeten Verbrechens. Daß der Staat die in ihren Folgen unschädliche Unvorsicht ungestraft lässt, rechtfertigt sich aus praktischen Gründen. Unzählige Fälle unvorsichtigen Handelns ereignen sich im täglichen Leben; wo keine nachtheiligen Folgen eintreten weiss meist kein dritter, oft der Thäter selber nicht um die begangene Fahrlässigkeit. Der Staat würde Mühe und Kosten unnütz vergeuden, wollte er jeden derartigen Fall zum Gegenstand gerichtlicher Untersuchung gemacht sehn. Die Nichtbestrafung fahrlässiger Handlungen die verbrecherischen Erfolg nicht nach sich gezogen, kann um so weniger auffallen, als ja auch vorsätzlich böse Handlungen der Strafe zu entgehn pflegen, wo sie ganz ohne Erfolg bleiben.

Neben der hervorgehobenen wesentlichen Verschiedenheit von dolus und culpa ist zu bemerken, daß der Uebergang von einer Schuldart zur andern ohne Sprung geschehen kann, durch allmäliches anwachsen der Schuld, so daß die Grenze zu verschwimmen scheint; ähnlich wie auch der Unterschied von culpa und Nichtschuld ein fliessender ist. Die culpa beginnt gewöhnlich mit dem Vorhersehnkönnen; in tausend Fällen ist es gewis, der Thäter konnte vorhersehn, in andern tausend, der Thäter konnte nicht vorhersehn. Dagegen wird in wieder andern Fällen kein menschlich Auge entdecken können ob der Thäter im stande gewesen wäre vorherzusehn oder nicht. Auf der andern Seite hört die culpa da auf, wo das Vorwissen beginnt, aber da dies Vorwissen selber nichts scharfes und sicheres zu sein braucht, so kann auch hier wieder ein

§ 23. unmerklicher Uebergang von dem einen zum andern stattfinden. Wir wollen dies an einem schon früher berührten Beispiel erläutern.

Der Mann hat seine Frau vergiftet. Für Schnaps den sie viel zu trinken pflegt, hat sie dies Mal Gift getrunken das der Mann besorgt hat; aber er braucht es in seinem Geschäft. Die Giftflasche sah aus etwa wie die Branntweinflasche, das ist nicht des Mannes Schuld; er hat sie in den Schrank unter die andern Flaschen gestellt, er hatte keinen andern Platz. Er kann sich darauf verlassen haben, daß die Frau wusste er werde Gift kaufen, daß bei einiger Vorsicht ihrerseits Flasche und Flasche, Gift und Branntwein leicht zu unterscheiden waren. Er hat an die Möglichkeit, daß die Frau sich vergreifen, oder gar von der scharfen Substanz eine schädliche Quantität zu sich nehmen könnte, in der That nicht gedacht. Es ist leicht ohne Veränderung der äusseren Umrisse mehr Dunkel in dies Bild zu bringen und die Schuld des Mannes von der leichtesten Culpa bis zu der auf den Tod gerichteten Absicht durch alle Schattirungen spielen zu lassen.

Der Mann hat die That der Frau nicht vorhersehn können; er hätte sie doch wol vorhersehn können wenn auch nur als entfernte Möglichkeit; war die Möglichkeit wirklich so fern? war nicht eher eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden? hat vielleicht gar der Mann selber die Möglichkeit gesehn ohne irgend zu glauben daß sie Wirklichkeit würde? Bevor der Mann aus dem Hause ging wollte er der Frau sagen was er gethan, dann wäre er ganz sicher gewesen. Aber sie kommt nicht zurück, er darf nicht länger warten, sonst fürchtet er Wichtiges zu versäumen; er hat die Frau ja im Voraus gewarnt; gewis sie wird nicht von dem Gift nehmen. Aber schon der Gedanke, daß die Irrung doch nicht geradezu unmöglich ist, hat die Schuld des Mannes gemehrt. Die Schuld wächst mit der von dem Manne angenommenen Wahrscheinlichkeit

des Erfolgs. Die einzelnen Schuldstufen sind nicht besonders aus- § 23.
zumalen, unmittelbar geht eine in die andre über. Endlich mag der Mann im Voraus davon überzeugt gewesen sein daß die Frau angetrunken wie sie gewöhnlich ist an dem scharfen Gift sich vergreifen würde. Mag sie es thun; er fühlt keine Liebe, kein Mitleid mit der Säuferin. Ihm ist es ganz recht wenn er diese Frau los wird. Wie von der Fahrlässigkeit zum Vorwissen ebenso allmälich kann auf der andern Seite der Uebergang von dem Vorwissen in die Absicht sein. Vielleicht ist der Mann nur darum sobald aus dem Hause gegangen sich zu keiner besonderen Warnung verpflichtet zu sehn, und so doch die Möglichkeit zu behalten das lästige Weib auf scheinbar unschuldige Weise loszuwerden. Vielleicht aber hat er auch das Gift nur in dieser Absicht in diese Flasche gefüllt und in den Schrank gestellt.

Das praktische Resultat, das aus solchen Beobachtungen sich ergiebt: daß die Strafsatzungen sehr elastisch sein müssen, um dem Richter die Möglichkeit auch solchen Fällen, die auf der Grenze von dolus und culpa und die auf der Grenze von culpa und Nichtschuld stehn, gerecht zu werden. Die Strafe für culposes Thun muss bis dicht an die Strafe des dolus gesteigert und wieder bis auf ein kleines Maß herabgesetzt werden können. Hiebei läuft eine Bemerkung ein, die dem bei der Abgrenzung des strafbaren Vorwissens entwickelten entspricht. Wie wir gesagt daß nicht jedes Vorwissen Strafe bedinge nur das für einen guten und getreuen Staatsbürger maßgebende, ebenso müssen wir jetzt anerkennen daß auch nicht jedes vermeidliche Nichtvorhersehn zu strafen ist. Da die Strafbarkeit des Nichtwissens im allgemeinen eine geringere ist als die des vorwissentlichen Handelns, so kann im allgemeinen auch das Aussetzen der Strafe der culpa leichter durch Nützlichkeitsgründe gerechtfertigt werden. Ueberdies aber ist auch

§ 23. die ideale Strafbarkeit des Nichtwissens in vielen Fällen wo das Wissen nicht unmöglich gewesen wäre zu leugnen. Kann sein daß jemand mit Aufbietung seiner ganzen Erkenntniskraft im Stande gewesen wäre üble Folgen einer einzelnen Handlung vorherzusehn; er hat nicht gesehn, darum gehandelt und Schaden gestiftet. Und doch können wir ihm dies vielleicht nicht zurechnen; denn möglich wäre daß wenn er seine Erkenntniskraft ganz auf den einen Punkt längere Zeit concentrirt hätte, er andres wichtigeres darüber hätte versäumen müssen. Wir dürfen also von dem Einzelnen überhaupt nicht verlangen daß er alles vorhersehe was vorauszusehn ihm irgend wie möglich gewesen wäre, sondern müssen uns an einer geringeren Sorgfalt genügen lassen. Wir fragen wieder: würde ein guter und getreuer Staatsbürger, dem es unter obwaltenden Umständen und bei dem ihm verliehenen Erkenntnisvermögen so leicht und so schwer gefallen sein würde die fragliche Voraussicht sich zu erwerben, im vorliegenden Falle vorausgesehn haben? Und für strafbar halten wir das Verabsäumen des Voraussehens nur nach Bejahung dieser Frage. Man kann dasselbe auch so ausdrücken: die Pflicht des Einzelnen gehe nicht auf die höchste ihm mögliche sondern überall auf eine gewisse mittlere Sorgfalt, und nur die Vernachlässigung dieser mäßigen Vorsichtigkeit sei als Fahrlässigkeit zu strafen.

Einige besondere Gestaltungen der culpa sind noch in betracht zu ziehn. So zuerst der Fall wo jemand culpos in einen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit, Bewusstlosigkeit sich versetzt hat, in welchem seine Körperkräfte verbrecherische Erfolge wirken. Der Thäter ist überall nicht dafür zu strafen was er in der Bewusstlosigkeit gethan, denn in der Wirklichkeit hat er nichts gethan, wol aber dafür daß er sich in diesen Zustand versetzt hat. Dies Versetzen soll kein doloses sein, also darf der Thäter die Möglichkeit, daß er im Zustande der Bewusstlosigkeit dergleichen anrichten

würde nicht vorhergesehn haben. Culpos ist das Versetzen wenn § 23.
der Thäter die Möglichkeit nicht vorhergesehn hat, aber doch hätte vorhersehn können und sollen. Wer dieser culpa sich schuldig gemacht hat, ist strafbar an sich, ohne Rücksicht auf das was er in der Bewusstlosigkeit wirklich gethan hat. Der im praktischen Recht geltenden Behandlung der culpa aber entspricht es, daß nur der gestraft wird dessen bewusstlose Bewegungen zu Schaden Anlass gegeben haben.

Culpose Rechtsunwissenheit. Strafbar ist die Handlung nur wenn der Handelnde nicht blos die Erfolge seiner Handlung an und für sich vorhergesehn sondern auch in ihrer weiteren Wirksamkeit und Bedeutung vorauserkannt hat, also weiß daß diese Erfolge dem Staatswillen und den Staatsinteressen zuwiderlaufen. Die richtige Beurtheilung ist überall da anzunehmen, wo der Thäter das in Frage kommende Recht kennt, sowol von seinem Vorhandensein überhaupt wie darum weiß, daß es auf den vorliegenden Fall zu beziehen ist (vergl. hiezu oben § 20 a. E.). Grund der Rechtsunkenntnis und des mangelnden Wissens um die Staatswidrigkeit der an sich vorhergesehenen Erfolge kann dieselbe Lässigkeit sein, die im anderen Falle den Handelnden nicht zum Erkennen der Erfolge selber gelangen lässt, culpa hier wie dort ohne wesentliche Verschiedenheit. Die Verpflichtung besteht das Erkenntnisvermögen so gut nach dieser wie nach jener Seite hin anzustrengen, das Unterlassen des einen steht dem Unterlassen des andern ganz gleich, vorausgesetzt natürlich daß das Erkenntnisvermögen zu diesem so gut wie zu jenem ausreichte. Danach dürfte wer handelt aber die Rechts- und Staatswidrigkeit der von ihm hervorzurufenden Erfolge aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat, kaum anders zu beurtheilen sein als wer aus derselben Ursache die Erfolge selber nicht vorhergesehn hat. Er ist strafbar eben dieses Nichterkennens wegen, doch werden wir nichts dagegen er-

§ 23. innern können wenn das geltende Recht dies Nichterkennen nicht immer straft.

Culpose Verletzung eines Privatrechts (vergl. oben S. 109). Die Strafbarkeit derselben ergibt sich als nothwendige Consequenz der im vorstehenden entwickelten Ansichten. Nur das ist zu bemerken daß wenn schon der Staat oft dolose Verletzungen subjectiver Rechte ungestraft lassen darf und muss, er sicher noch weit häufiger in der Lage sein wird die strafrechtliche Verfolgung culposer Rechtsverletzungen auszusetzen.

Schliesslich eine Frage von weitergreifender Bedeutung. Bei welchen Verbrechen ist die Möglichkeit culposer Verübung anzunehmen? Offenbar nicht bei allen. Dies folgt sofort aus dem was vorher über die Absicht ausgeführt ist. Gibt es Verbrechen bei denen die Absicht zum innern Thatbestande gehört, einfacher Vorsatz, Vorwissen des Erfolgs bei der Handlung zur Begründung der Strafe nicht ausreicht, so können diese nicht in culposer Form begangen werden. Es wäre inconsequent das Handeln in der Nichtvoraussicht zu strafen, wo das Handeln auch des Voraussehenden straflos bliebe. Hängt die Strafbarkeit davon ab daß ich gehandelt habe Um diesen Zweck zu erreichen, so bin ich straflos wenn ich aus anderm Motive gehandelt habe während ich wusste daß ich diesen Zweck erreichen würde, aber gewis auch dann wann ich dies Wissen gar nicht erworben habe. Das Nichterwerben des Wissens kann als Fahrlässigkeit nur da gestraft werden, wo das zu erwerbende Wissen für die Handlungen eines getreuen Bürgers maßgebend sein musste. Ist das Wissen ein indifferentes Wissen, daß trotz demselben die Handlung unverboten ist, so liegt in dem Nichterwerben dieses Wissens keine strafbare Lässigkeit.

Sonach haben wir hier wieder mit den beiden im vorigen Paragraphen unterschiedenen Gruppen von Verbrechen zu thun. Die einen erfordern Absicht, die andern nicht. Bei jenen ist das

Begehn der äussern That straflos wenn es ohne Absicht geschieht, § 23.
gleichviel ob der Erfolg vorhergesehn ist oder nicht, gleichviel ob er vorhergesehn werden konnte oder nicht. Bei den andern ist das Begehn der äussern That ein doloses wenn der Thäter den Erfolg vorhergesehn. Die Voraussicht ist hier eine wesentliche, eine solche die für die Handlungsweise des guten und getreuen Bürgers entscheidend sein musste. Sie nicht erworben zu haben wo man sie zu erwerben im Stande gewesen, ist eine Nachlässigkeit die strafbare Schuld begründet. Daher ist anzunehmen daß bei all den Verbrechensarten, bei denen das absichtslose Vorwissen zum innern Thatbestande genügt, auch die culpose Form der Verübung denkbar ist.

Von der andern Seite betrachtend sehn wir zuerst daß es Verbrechen gibt, bei denen auch die Handlung in der Nichtvoraussicht strafbar ist. Daraus folgt mit Nothwendigkeit daß bei denselben die Handlung in der Voraussicht auch bei mangelnder Absicht strafbar sein muss. Beachtet man hiebei die wesentliche Verschiedenheit des innern Thatbestandes in dem einen und dem andern Falle, bei fehlendem und bei vorhandenem Vorauswissen des Erfolgs, so muss man entweder den Beweis für geführt erklären daß dolus, der sowol mit wie ohne Absicht bestehn könne, lediglich durch das Dasein des nöthigen Vorwissens bedingt werde, und diesem dolus als einzige andre Schuldform die culpa für die das Nichtvorwissen bezeichnend ist gegenüberstellen, oder man muss überhaupt drei Schuldformen annehmen die sich durch die Worte: Nichtwissen Wissen Beabsichtigen charakterisiren lassen.

22*

§ 24.

Ueberblick der Grundlagen der Zurechnungslehre.

§ 24. Allen vier Facultäten ist das Gebiet, auf dem die Zurechnungslehre sich bewegt, zugänglich. Obgleich man von verschiedenen Seiten an die Beantwortung der Fragen gegangen ist, die gleichsam die Grundpfeiler dieser Lehre bilden, gefunden sind die Antworten nicht und werden voraussichtlich von Menschen nie gefunden werden. Daß wir der unerreichbaren Wahrheit allmälich näher kommen, ist auch nur durch systematisch fortschreitende Arbeit zu erreichen, die stets was wir wissen und glauben und ahnen zusammenzufügen und im Einklang zu erhalten weiß. Sind wir im voraufgehenden oftmals genöthigt gewesen Specialitäten zu erwägen, auf die Erörterung einzelner Gründe und Gegengründe genau einzugehn und darüber die Herstellung eines einheitlichen Bildes zu vernachlässigen, so sollen jetzt die Gedanken gezeichnet werden, aus denen jene Specialitäten mit Nothwendigkeit folgen, zu besserer Uebersicht des Ganzen.

Geistige und körperliche Kräfte sind dem Menschen zu eigen gegeben. Welche Verbindung zwischen beiden besteht können wir so wenig ergründen wie die Gestalt des Geistes bestimmen, ob wir als Complex verschiedener irgend wie mit einander zusammenhängender einzelner Kräfte, oder als eine einzige Kraft geschickt zu mannigfaltigem Gebrauch ihn uns zu denken haben. Auch wie beide Gattungen von Kräften zu dem Ich des Menschen sich verhalten, können wir nie durchaus erkennen. Wir sehn nur daß diese Kräfte von dem Ich in gewisser Weise abhängig sind, und bezeichnen das Vermögen des Ichs die andern Kräfte in Thätigkeit und ausser Thätigkeit zu setzen, als den Willen. Die Kraftentwicklung die im Willen ihren Ursprung hat nennen wir Handlung; dem

Handeln steht gegenüber das Leiden, auch eine Thätigkeit der § 24.
Kraft des Subjects, aber hervorgerufen nicht von dem Subject, sondern von äussern dem Subject fremden Einwirkungen. Nie kann eine Thätigkeit handeln und leiden zugleich sein, gleichmäßig durch den Willen und den von aussen hereinwirkenden Einfluss bedingt sein, wol aber kann ein Willensact die Veranlassung zum leiden gegeben haben, ein Willensact kann das Leiden zu beenden vermögen, auch das Nichtbeenden eine Aeusserung des Willens sein, und also das Leiden selber wieder seinen Grund im Handeln finden. Ausserdem kann eine Thätigkeit des Handelns der Leidensthätigkeit zur Seite stehn und mit dieser in so nahe Berührung kommen, daß die Grenze beider schwer zu finden ist; so beispielsweise beim Sehn und andrer sinnlicher Wahrnehmung.

Darauf daß der Mensch geistige und körperliche Kräfte besitzt und mittels des Willens beherrscht, beruht die Zurechnung nicht. Auch das Thier hat körperliche wie geistige Kräfte und einen Willen in dem eben betrachteten Sinn. Die Zurechnung muss also in der Qualität des menschlichen Ichs und der von demselben abhängigen Kräfte ihren Grund haben; nicht der Wille an sich, nur die Freiheit des Willens bedingt die Zurechenbarkeit des Gewollten. Die Freiheit des Willens aber entsteht aus der Vernunft. Mit diesem Namen pflegen wir die Seite der menschlichen Geisteskraft zu bezeichnen, die über die Erkenntnis des einzelnen hinausgreifend uns den endlosen Zusammenhang in dem wir uns bewegen zur Anschauung bringt; die Fähigkeit das Verhältnis der Dinge zu einander zu ermessen und von dem Bilde des besondern zum Gedanken des allgemeinen uns zu erheben. Durch sie gewinnen wir den Begriff der Regel, und indem wir eine Regel nach der andern entdecken steigen wir allmälich auf dazu, von der Göttlichen Weltordnung etwas zu ahnen. Bei dieser Thätigkeit der Vernunft müssen wir fortwährend das Misverhältnis unserer endlich

§ 24. beschränkten Kräfte zu der Unendlichkeit der Aufgabe empfinden, auch die scheinbar uns zunächst berührenden Probleme vermögen wir nicht rein zu lösen. Aus der Anschauung der Göttlichen Ordnung entwickeln sich die Begriffe von gut und böse, für das wovon wir uns umgeben sehn, wie für unser eignes Thun und Lassen. Nie können wir ergründen wie das böse dem Göttlichen Willen widerstrebende diesem gegenüber Bestand haben mag, wie überhaupt neben der Göttlichen Allmacht noch eine andre selbständige Macht zu denken ist; und gleichwol sehn wir das Böse als etwas vorhandenes, von der Allmacht trotz dem Widerstreben ja im Widerstreben erhaltenes, und es will uns selbst bedünken als vermöchten wir gar diese Nothwendigkeit des Bösen zu begreifen, wir glauben zu fühlen daß ohne das Böse auch das Gute nicht gut wäre.

Die Vernunft macht den Menschen frei, das heisst sie entzieht ihn fremden Einwirkungen und macht ihn zum Urheber seiner Handlungen. Durch die Erkenntnis des allgemeinen vermag der Mensch jedem einzelnen Einfluss der auf ihn sich geltend macht zu widerstehn. Er sieht daß dies eben nur Ein Einfluss, nur Ein Bestimmungsgrund für ihn ist, der neben so viel andern steht. Der Ueberblick über die Gesammtheit sichert die Selbständigkeit dem Einzelnen, und wenn nun nach vernünftiger Ueberlegung der Mensch einem Einfluss nachgibt und dem andern widerstrebt, so ist was ihn jetzt führt und leitet nicht die Einwirkung von aussen, sondern der in ihm erwachsene Entschluss. Halte ich dem Thier das Futter hin, so ist es wol auch sein Wille der die Beine zu mir in Bewegung setzt, aber dieser Wille selber steht unter der unmittelbaren Herrschaft des Reizes den das Futter, oder ich durch das Futter ausübe. Durch die Vernunft bekommt der Wille, richtiger der Wollende die Kraft der Gewalt welche die Umgebungen ihm anthun möchten zu widerstehn. Durch die Widerstandsfähigkeit die sie verleiht schneidet die Vernunft die Einwirkungen der Aussen-

dinge bei dem Vernünftigen ab, und eben hiedurch macht sie denselben zum Princip und Urquell desjenigen was wieder von ihm ausgeht. § 24.

Wie die Vernunft zur Freiheit führt, so folgt wieder aus der Freiheit die Zurechnung. Was der Mensch thut entspricht dem Göttlichen Willen oder widerspricht demselben, ist entweder gut oder böse. Ist der Mensch nicht blos das Medium, das fremde Bewegungen fortpflanzt, sondern selber der Anfang von dem die Bewegung ausgeht, so ist er verantwortlich für die Bewegung, ob sie gut oder schlecht muss ihm zugerechnet werden. Denn der Begriff der Zurechnung ist nicht auf die strafbaren Handlungen beschränkt. Was irgend der Mensch thut, muss mit Nothwendigkeit auf ihn selber zurückwirken. Die Göttliche Weltordnung ist das gegebene unwandelbare; durch die Handlungen bestimmt sich das Verhältnis des einzelnen Menschen zu dieser Ordnung; völlig indifferent ist keine menschliche Handlung. Der Freiheit wegen, weil der Mensch Herr seines Gedankens ist, bestimmt er selber dies sein durch die Handlungen bedingtes Verhältnis zur Weltordnung. Soviel eine Handlung nach aussen hin wirken mag, der Erfolg derselben geht nie ganz darin auf, gerade der wichtigste Erfolg für den Handelnden besteht darin daß die Handlung ihm selber einen Platz anweist als nützliches Glied oder hemmendes Stück in der Ordnung des Ganzen; die Verschiedenheit der Stellung kann nicht ohne Folgen bleiben; im einen Fall die Befriedigung, welche aus dem Aufgehn in den Willen der Allmacht sich ergibt, im andern der Unmuth über die im Ungehorsam nutzlos vergeudete Kraft.

Lohn und Strafe für das was die Bewegung wirkt muss dahin kommen von wo die Bewegung ausgegangen ist. So unterwirft die Vernunft durch die Freiheit den Menschen der Zurechnung. Was der Mensch selber thut muss auf ihn zurückwirken: „ich bin was ich gethan habe".

§ 24. Die Handlungen des Menschen, sobald sie nicht auf die Thätigkeit blos der geistigen Kräfte sich beschränken, berühren die Aussendinge die ihn umgeben, eine Bewegung zieht die andre nach sich, das bewegte selber wirkt weiter bewegend ohne daß ein Ende abzusehn ist. Es scheint daß die Bewegung, als Complex des Wirkenden der Wirkungen und des weiter aus diesen Wirkungen sich Ergebenden erfasst, in ähnlicher Weise wie der Stoff wandelbar unvergänglich sei. Gewis kann nicht die ganze Bewegung in dieser endlosen Ausdehnung dem Menschen zugerechnet werden. Suchen wir die Grenze für die Zurechnung, so müssen wir wieder auf die Freiheit zurückgehn: soweit die Bewegung als Bethätigung der menschlichen Freiheit anzusehn ist, soweit erstreckt sich auch die Zurechnung. Dem Menschen werden seine Handlungen zugerechnet, weil es eben seine Handlungen sind, weil er sie beherrscht, weil ihre Vornahme als etwas aus dem freien Willen des Ich hervorgehendes sich darstellt. Die Einwirkungen der Handlungen auf die Aussendinge müssen dem Menschen gleichfalls zugerechnet werden soweit er sie beherrscht, soweit das Hervorbringen derselben auf den freien Willen zurückgeführt werden kann. Nur die frei gewollten Folgen einer Handlung können zugerechnet werden. Wie weit reicht die Herrschaft des Menschen über die Folgen seiner Bewegungen? Offenbar soweit wie die vernünftige Voraussicht. Denn zu der Folge die er gar nicht oder doch nicht vernünftig, d. h. nicht in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Ordnung, gesehen hat ist er auch nicht frei gekommen, wohingegen die Folgen welche er in ihren Beziehungen begriffen hat, als frei gewollte gelten müssen. Zuerst sind dem Menschen nur die eigenen geistigen und körperlichen Kräfte untergeben; aber die Vernunft erweitert dies Herrschaftsgebiet sehr bald. Indem der Mensch erkennt in welchem Zusammenhange seine Handlungen mit der Aussenwelt stehen, und wie die nächsten Einwirkungen seiner Handlungen auf

die Aussenwelt weitere Veränderungen in derselben nach sich ziehn § 24.
erschliesst sich ihm die Möglichkeit die ihn umgebenden Stücke der Aussenwelt von sich abhängig zu machen und durch seinen Willen zu bestimmen, ähnlich wie seine eigenen Kräfte. Da diese Herrschaft auf der Vernunft beruht, kann sie nicht weitergreifen als die vernünftige Erkenntnis selber, innerhalb dieses Gebiets aber ist die Verantwortung für das Geschehene nicht abzulehnen. Wie bei der eigenen Handlung erscheint der Mensch hier als das bewusste Princip des Erfolgs. Dieser Erfolg ist ein vom Menschen beherrschter, das Hervorrufen ein Act freier Willensthätigkeit; darin der Grund der Zurechnung. Also bedingen sich die drei Begriffe: Zurechnung, Freiheit, Vernunft.

Auf diesem Unterbau vollendet sich die Construction der Zurechnungslehre beinahe von selber. Zugerechnet werden kann und muss alles wovon der Mensch nach seinem Wollen und Wissen als die vernünftige Ursache erscheint. Als staatlich strafbar also muss ihm jeder staatswidrige Erfolg zugerechnet werden, der ebenso als ein von seiner Vernunft beherrschter sich darstellt. Die criminalistische Imputation ist ihrem Wesen nach von der allgemeinen Zurechnung nicht unterschieden, nur beschränkt auf ein besonderes Gebiet. Also ist auch bei ihr das Wollen und das Wissen das Entscheidende, jedes in angemessener Umgrenzung. Die Beschreibung dieser Grenzlinien, überhaupt all die Einzelresultate die bei den verschiedenen Fragen sich herausgestellt haben, sollen hier nicht wiederholt werden. Die kleineren am Ende der einzelnen Paragraphen gegebenen Zusammenstellungen dürften zur Uebersicht der Details genügen.

B. Die Zurechnungslehre nach der Doctrin und Gesetzgebung.

§ 25.

Zurechnungsfähigkeit. Gemeines Recht.

§ 25. Die Menge und Verschiedenartigkeit der Quellen unseres geltenden Rechts verhindert uns die Zurechnungslehre vollständig und im Zusammenhange für je die einzelne Quelle zu besprechen; wollen wir irgend eine Uebersicht über die Gesammtresultate des von so vielen Seiten her bunt zusammengeflossenen Rechts erlangen, so müssen wir die ganze Lehre in einzelne Fragen auflösen, und jede derselben zunächst für sich verfolgen, durch die verschiedenen Rechte und Doctrinen, die in betracht kommen.

Es liegt nahe mit der Zurechnungsfähigkeit den Anfang zu machen. In Wollen und Wissen haben wir den innern Thatbestand des Verbrechens aufgelöst. Das Subject des Verbrechens muss des Wollens und Wissens fähig sein. Damit ist gegeben daß nur Menschen und daß nicht alle Menschen criminalistisch zurechnungsfähig sind, d. h. die Möglichkeit Subject eines Verbrechens zu sein in sich tragen. Von der niedrigsten bis zur höchsten erreichbaren Stufe menschlicher Freiheit findet ein allmäliches Aufsteigen ohne Unterbrechung statt, entsprechend dem continuirlichen Wachsen des Wissens und der Willenskraft. Nennen wir zurechnungsfähig den der vermöge seiner inneren Natur fähig ist Verbrechen zu begehn, so scheint es logisch unmöglich zwischen die Zurechnungsfähigen und Zurechnungsunfähigen als dritte Classe die beschränkt Zurechnungsfähigen zu stellen. Betrachtet man aber das mögliche Wachsen der menschlichen Freiheit, so liegt es nahe von größerer und geringerer, oder von mehr und weniger beschränkter Zurech-

nungsfähigkeit zu reden. Das hat den Sinn, daß zwar A so gut § 25.
wie B ganz allgemein Subject eines Verbrechens sein kann, daß aber A doch gewisse verbrecherische Handlungen mit ihren verwickelten Erfolgen nicht zu beurtheilen vermag während B dies kann, und daß also A zwar zurechnungsfähig ist aber nicht für denselben Umkreis von Verbrechen wie B. Daran reiht sich daß A nach der Beschaffenheit seiner geistigen Fähigkeiten überall ein minder klares Urtheil haben wird als B, und daß wenn A auch immer noch fähig ist Subject jedwedes Verbrechens zu werden, er doch was er auch gethan haben mag der schlechteren Einsicht und beschränkteren Freiheit wegen minder strafbar erscheint als B, wenn dieser dasselbe begangen hätte. Die Zurechnungsfähigkeit ist nach aussen der Unzurechnungsfähigkeit gegenüber fest abgegrenzt, aber sie umschliesst doch keineswegs überall denselben positiven Inhalt, das gleiche Quantum geistiger Gaben. Auch die geminderte beschränktere Zurechnungsfähigkeit ist der Unzurechnungsfähigkeit entgegengesetzt, von der größeren oder weniger beschränkten Zurechnungsfähigkeit aber nur quantitativ unterschieden.

Die Gründe der Unzurechnungsfähigkeit sind diejenigen Ursachen, welche den Willen binden und das Wissen ausschliessen oder die Thätigkeit der Vernunft hemmen. Wir haben schon bemerkt daß thatsächlich die Unzurechnungsfähigkeit weit häufiger aus mangelnder Urtheilskraft als aus dem fehlenden Willensvermögen hervorgeht. Der Wille fehlt einem Menschen selten ganz, nur der freie Wille, den die Vernunft erzeugt. Beiläufig daß da das Wollen bei den Verbrechen stets körperliches Wollen ist, da der Wille sich überall in der Bewegung einer körperlichen Kraft des Thäters bethätigen muss, man auch von einer körperlichen Unzurechnungsfähigkeit im Gegensatz zu der gewöhnlich allein in betracht kommenden geistigen Zurechnungsunfähigkeit reden könnte. Dabei wäre an einen durch Lähmung etwa oder dauernde Krämpfe

§ 25. hervorgebrachten Körperzustand zu denken, wo die einzelnen Glieder mit ihren Kräften dem Willen nicht mehr unterthan sind, und der Mensch darum unfähig wäre Verbrechen zu begehn. Dieser körperlichen Unzurechnungsfähigkeit kann aber keine praktische Bedeutung zugeschrieben werden, einmal weil sie meistens mit geistiger Zurechnungsunfähigkeit verbunden sein wird, zweitens weil bei einem solchen gelähmten oder sonst kranken Menschen die Zurechnungsfähigkeit kaum je in Frage kommen kann, indem er seltenstes Falles die Ursache von Erfolgen sein wird, die wo sie vom Zurechnungsfähigen ausgegangen wären als verbrecherische angesehn werden müssten.

Von den Gründen der Unzurechnungsfähigkeit ist die Jugend zuerst zu nennen. Jeder Mensch muss mit dem Zustande dieser Unzurechnungsfähigkeit beginnen. Im Lauf der Zeit macht sie dann bei gesunder Entwickelung der geistigen Anlagen und insbesondere der Vernunft der Zurechnungsfähigkeit platz, bei dem einen früher bei dem andern später. Die so gewonnene Zurechnungsfähigkeit ist nichts absolutes und vollkommenes, eine Steigerung derselben in dem vorher angegebenen Sinne ist möglich und muss die natürliche Folge der fortschreitenden Entwicklung und Bildung des Menschen sein. Entsprechend der menschlichen Freiheit ist aber auch die zumeist gesteigerte Zurechnungsfähigkeit stets eine beschränkte. Uebrigens ist die Entwickelung nicht bei allen Menschen eine gesunde; kann sein daß innerer Schwäche oder äusserer Hemmnisse wegen Willen und Wissen nie die Stufe der Ausbildung erreichen, auf der der Mensch als zurechnungsfähig gelten muss. Ausserdem können Willens- und Urtheilskraft verloren gehn, und damit der schon Zurechnungsfähige wieder unzurechnungsfähig werden. Wir dürfen die Einflüsse die dies bewirken sämmtlich als Krankheiten bezeichnen. Dieselben in körperliche und geistige einzutheilen dürfte solange sehr bedenklich erscheinen, als die Meinung in der Medicin

sich behauptet, jede sogenannte Geisteskrankheit stehe auch mit § 25. körperlichen Abnormitäten im Zusammenhange. Logisch richtig aber auch von geringer praktischer Bedeutung ist die andre Eintheilung, in solche welche lebenslängliche und solche die nur zeitweilige Unzurechnungsfähigkeit herbeiführen. Eine erschöpfende Aufzählung aller Einflüsse, welche die Ausbildung des Willens und des Wissens zu unterdrücken oder vorhandnen Willen und entwickelte Vernunft zu zerstören vermögen, ist unmöglich; jeder Tag kann neue Krankheiten und neue Erfahrungen bringen.

Das praktische Recht hätte also nach unserer Theorie wenig Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit und -Unfähigkeit zu treffen. Es muss irgendwie, ausdrücklich oder indirect, anerkannt sein welchen inneren Thatbestand das Verbrechen voraussetzt; daraus ergibt sich daß nur der fähig ist Subject eines Verbrechens zu sein, in dem kommendes Falls dieser innere Thatbestand sich ausbilden kann. Wer des erforderlichen Wollens und Wissens unfähig ist, dem kann kein Verbrechen zugerechnet werden. Der Richter hat in jedem einzelnen Falle nach dem Wollen und Wissen zu forschen, und wird hiebei meist wohl thun die Fragen zu trennen: ob das ihm vorstehende Subject des Wollens und Wissens fähig; und ob das fähige Subject im concreten Falle wirklich gewollt und gewusst habe. Daß die Zurechnungsunfähigkeit des Thäters die Strafbarkeit der That ausschliesst, und daß also der Richter in jedem Straffalle von der Zurechnungsfähigkeit des Thäters sich zu überzeugen hat, ist mit dem Begriffe des Verbrechens gegeben. Alle Specialvorschriften über die Zurechnungsfähigkeit scheinen nur durch die Schwäche der Richter gerechtfertigt werden zu können. Der Gesetzgeber mag beispielsweise gewisse Zustände als Unzurechnungsfähigkeit bedingende anführen, um überhaupt den Richter aufmerksam zu machen daß es dergleichen gibt. Der Gesetzgeber kann auch ausdrücklich aussprechen welcher geistigen Fähigkeiten

§ 25. Mangel einen die Zurechnung ausschliessenden Zustand bedingt, wofern er nämlich nicht meint daß der Richter dies auch selbständig zu finden wissen werde. Eine nicht blos beispielsweise vorgehende sondern abschliessende Aufzählung der einzelnen Gründe und Erscheinungsformen ist stets bedenklich; nicht blos darum weil diese Aufzählung nie vollständig sein könnte, der Gesetzgeber also gewisse Arten der Zurechnungsunfähigkeit zu verleugnen gezwungen wäre, mehr noch weil solche Aufzählung leicht zu dem Irrthum führte die Erscheinungsform mit der Zurechnungsunfähigkeit selber zu verwechseln, eine Gefahr die schon bei dem beispielsweisen Anführen der einzelnen Formen, doch nicht in gleich hohem Grade vorhanden ist. Nennt der Gesetzgeber Stumpfsinn Schlaftrunkenheit Berauschtsein als Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, so entsteht leicht die Meinung es komme nur darauf an ob jemand überhaupt stumpf schlaftrunken berauscht gewesen, während die Zurechnungsfähigkeit doch in der That nur dann aufgehoben ist, wenn die genannten Zustände nicht blos vorhanden sondern auch so wirksam sind, daß die Willens- und Urtheilskraft durch sie erstickt wird. Wie die Aufzählung aller so ist auch die Umgrenzung der einzelnen Gründe der Unzurechnungsfähigkeit gefährlich. Am häufigsten ist diese bei der Unzurechnungsfähigkeit wegen jugendlichen Alters versucht. Kann der Gesetzgeber dem Richter nicht soviel Scharfblick zutrauen um zu entdecken ob im jugendlichen Thäter Willens- und Urtheilskraft schon genügend ausgebildet sind ihn zurechnungsfähig erscheinen zu lassen, so ist es freilich angemessen nach der Erfahrung gewisse Hauptregeln aufzustellen, die den Richter wenigstens vor den ärgsten Misgriffen bewahren. Je schlechter die Richter desto mehr Regeln sind erforderlich; aber je mehr der Regeln desto mehr muss dann auch bei der Rechtspflege gegen das Princip der Gerechtigkeit, jeden nach seiner Schuld zu strafen, verstoßen werden, desto mehr zurechnungsfähige müssen wie zurech-

nungsunfähig, und umgekehrt unzurechnungsfähige wie zurech- § 25.
nungsfähig behandelt werden.

In der Zurechnungslehre des Römischen Rechts macht sich der zwar unvermeidliche aber doch für das Strafrecht nicht immer erspriessliche Einfluss des Privatrechts weniger geltend als bei andern Lehren. Freilich haben auch hier die civilrechtlichen Anschauungen eine gewisse Wirksamkeit geäussert, aber ihr Einfluss ist gerade hier kein besonders nachtheiliger gewesen, und zudem ist es den Römischen Juristen hier gelungen im Gegensatz zu den privatrechtlichen Analogieen dem Strafrecht eigenthümliche Gedanken zur Geltung zu bringen.

Wer unzurechnungsfähig ist, des Willens und des Wissens entbehrt, der kann auch nach Civilrecht nicht als handlungsfähig gelten. Daß jemand der Fähigkeit entbehrt Verbrechen verüben zu können wird ihm nie Schaden bringen, wol aber ist der Mangel der Fähigkeit Rechtsgeschäfte einzugehn nachtheilig. Zu den privatrechtlichen Handlungen müssen daher den Handlungsunfähigen Vertreter bestellt werden. In ähnlicher Weise ist für die Ergänzung der Handlungsfähigkeit derer zu sorgen, bei denen Wille und Erkenntnisvermögen nicht mehr ganz unentwickelt aber doch auch noch nicht zu völliger Reife gediehen sind. Eine fortdauernde Prüfung jedes einzelnen Individuums durch den Staat, ob es noch handlungsunfähig oder beschränkt handlungsfähig und also der Vertretung oder Ergänzung bedürftig, ist geradezu unmöglich. Es mussten also im Privatrecht feste Altersgrenzen angenommen werden. Ebendahin führte noch eine andre Rücksicht. Dritte werden sich hüten mit jüngeren Personen zu contrahiren solange sie über die Handlungsfähigkeit derselben in Zweifel sind, und also nicht wissen können wie weit die zu schliessenden Verträge für ihren Gegenpart bindend sein werden. Nun mag es an sich eher leichter sein sich zu überzeugen ob ein andrer einige Geschäftseinsicht besitzt

§ 25. als davon ob er ein gewisses Alter überschritten hat, aber im Fall des Streits kann daß der andre das Alter erreicht hat von dem Richter weit leichter bewiesen werden; wogegen es oft schwer halten dürfte den Richter von der fraglichen Geschäftseinsicht dieses andern zu überzeugen, zumal wenn das Geschäft zum Nachtheil desselben ausgeschlagen ist. Die Annahme einer Handlungsunfähigkeit wegen Jugend würde, wenn sie nicht an feste Altersgrenzen gebunden wäre, den Credit aller jüngeren untergraben. Diese Nützlichkeitsrücksichten rechtfertigen die festen Altersstufen von privatrechtlicher Bedeutung vollkommen. Für das Criminalrecht gilt dies nicht ebenso. Denn der Staat kann seine Strafpflicht nicht aufheben durch die Erklärung, er betrachte Menschen unter gewissen Jahren als unzurechnungsfähig, wenn die betreffenden in der That Willen und Vernunft besitzen; und umgekehrt kann er sein Strafrecht durch keine Erklärungen seinerseits auf willens- und wissensunfähige ausdehnen. Beides würde nur dem Staat verziehen werden können, in welchem die Berücksichtigung der concreten Individualitäten bei Verfolgung der Verbrechen zu den Unmöglichkeiten gehörte.

Von den Römischen Alterstufen hat die minor aetas soviel wir sehn nie Bedeutung für das Criminalrecht gehabt. Dahingegen scheint der Begriff der infantia gerade so angenommen zu sein, wie er für das Privatrecht ausgebildet war. Der Schaden den ein Kind anrichtet wird dem durch herabgefallne Ziegel verglichen, und daher keine Privatstrafklage gegen das Kind gestattet (fr. 5 § 2 ad l. Aquil. 9, 2. von Ulpian). Ebenso auch bei öffentlichen Verbrechen; der infans wird durch die innocentia consilii wie der furiosus durch die fati infelicitas entschuldigt (fr. 12 ad l. Corn. de sic. 48, 8. von Modestin). Interessanter ist die Behandlung von Vergehen der impuberes infantia majores. Schon die zwölf Tafeln drohen diesen impuberes wegen Diebstahls

eine besondere Strafe, wie Gellius (noct. Att. XI. 18.) be- § 25.
richtet:

ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei cui furtum factum esset..... sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxamque ab his factam sarciri. — cf. Plinius H. N. XVIII. 3.

Bis auf Labeos Zeit scheinen die Unreifen kaum wegen anderer Privatvergehn gestraft zu sein. Erst dieser Jurist lässt auch die actio Aquilia zu:

fr. 5 § 2 ad l. Aq. ...quodsi impubes id fecerit, (sc. damnum dederit) Labeo ait, *quia furti tenetur*, teneri et Aquilia eum.

Derselbe Labeo aber lässt die doli actio wider impuberes nur zu wo sie als Erben des Thäters haften (fr. 13 de dolo m. 4. 3.) Wieder eine Neuerung führt Julian herbei. Nicht sowol auf die Art des Delicts und die dadurch hervorgerufene Klage soll gesehn werden, als auf die persönliche Beschaffenheit des impubes, jede Delictsklage mag wider einen solchen angestrengt werden aber nur wenn er als pubertati proximus auch doli capax ist.

fr. 23 de furtis 42. 2. (Ulp.): impuberem furtum facere posse si jam doli capax sit Julianus scripsit.

fr. 4 § 26 de doli exc. 44. 4. (Ulp.): denique Julianus quoque saepissime scripsit doli pupillos qui prope pubertatem sunt capaces esse.

Dieser Ansicht scheinen die späteren Juristen allgemein beigetreten zu sein. So Gajus im fr. 111 de R. J. 50. 17. Ulpian billigt in den obenangeführten fr. 29 und fr. 4 § 26 Julians Meinung und berichtigt Labeos Ausführungen im fr. 5 § 2 ad l. Aq. dahin, daß die a. Aquilia nur wider den impubes der injuriae capax zulässig sei, und umgekehrt im fr. 13 de dolo daß auch die

§ 25. doli a. wider den pubertati proximus aus eignem Vergehn gegeben werden müsse. Die entwickelte Römische Doctrin verbindet beide Elemente, auf die Beschaffenheit des Verbrechens und auf die Beschaffenheit des Thäters soll gesehn werden, nur der injuriae capax darf gestraft werden, aber wer in dem einen Fall als strafwürdig gilt mag doch in dem andern noch unzurechnungsfähig erscheinen. So unterscheidet Ulpian im fr. 23 cit. den doli capax, gegen den die furti actio zulässig ist, von dem culpae capax, der mit der a. l. Aquiliae belangt werden kann. Aehnlich Paulus:

> fr. 14 de dolo m. (4. 3): quid enim si impetraverit (sc. impubes) a procuratore petitoris ut ab eo absolveretur, vel si de tutore mentitus pecuniam accepit, vel alia similia admisit quae non magnam machinationem exigunt.

Der Gedanke ist offenbar der, daß derselbe impubes, den man freilich nach der Entwickelung seiner geistigen Fähigkeiten nicht für das zurechnungsfähige Subject eines besonders verschmitzten Betrugs halten dürfe, doch ganz wol geeignet sein könne einen einfacheren Betrug mit dem für die Bestrafung genügenden Bewusstsein zu verüben. Daher darf man auch aus dem fr. 22 pr. ad l. Corneliam de fals. 48. 10, das gleichfalls von Paulus herrührt, und mit dem c. 1 § 4 de falsa moneta 9. 24 zu vergleichen ist, nicht folgern daß überhaupt judicia publica wider impuberes nicht haben angestrengt werden können, sondern nur daß Fälschung ein Verbrechen ist zu dem der Dolus eines Unreifen seltenstes Falles ausreicht: quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam aetatem non cadit. Nicht daß der impubes überhaupt doli capax, nur daß er des zur Fälschung erforderlichen dolus capax sei, soll hier geleugnet werden. Uebereinstimmend hiemit ist auch daß während der Silanianische Senatsschluss die unreifen Sklaven ausgenommen hatte, Marcian (fr. 14 de S. C.

Silan. 29. 5) wegen besonderer Umstände die Bestrafung eines § 25.
impubes, der der Pubertät nahe steht, rechtfertigt:

...is puer nec multum a puberi aetate aberat, et ad pedes domini cubuerat..... silentium (eum) praestitisse etiam postea certum erat. et his duntaxat impuberibus senatusconsultum parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri vel participes caedis fuissent, et ejus aetatis, quanquam nondum puberes, ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini quam in ulla alia causa parci oportere.

Wieder also ist es der rei intellectus der maßgebend ist. Der impubes wird gestraft, nicht wenn er allgemein zurechnungsfähig ist, sondern wenn er gerade die Zurechnungsfähigkeit besitzt, auf die es für den speciellen Fall ankommt. Den treffendsten Ausdruck der entwickelten Römischen Anschauung dürfte ein Rescript von Alexander Severus geben:

c. 7. de poenis 9. 47. impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam c r i m e n q u o d i n t e n d i t u r c a d e r e p o t e s t.

Ob der Zustand der pubertati proximi bei allen Individuen mit einem festen Alter, wie Glossatoren vorgeschlagen haben mit zehn Jahren und sechs Monaten, begonnen habe, oder ob alles auf die subjective von dem Richter näher zu prüfende Beschaffenheit des einzelnen angekommen sei, ist eine bekannte vorzüglich von Civilisten viel besprochene Controverse. Da die Quellen nirgends auf eine feste Altersgrenze hinweisen, so ist es willkürlich eine solche vorauszusetzen. Die Annahme erscheint aber als durchaus unzulässig wenn man bedenkt daß dasselbe Individuum zu gleicher Zeit in Beziehung auf gewisse Verbrechen als doli capax und als pubertati proximus gelten, in Beziehung auf andre aber als unzu-

§ 25. rechnungsfähig, also als infantiae proximus behandelt werden kann.

Das Canonische Recht stimmt in den Hauptpunkten mit der von dem Römischen Recht aufgestellten Theorie der Zurechnungsfähigkeit überein. Aus dem Willen fliessen die peccata, der Mangel des Wissens hebt auch die Freiheit des Willens auf: „non sunt peccata nolentium nisi nescientium" (C. 15. q. 1. c. 1.). Wer des Willens und des Wissens entbehrt kann nicht gestraft werden. Als so unzurechnungsfähig gelten zunächst die infantes (Clem. un. de hom. 5. 4.), auch ein impubes soll straflos ausgehn wofern er doli capax non est (C. 15 q. 1 c. 2., vgl. c. 2 X de del. puer. 5. 23), wogegen die Strafbarkeit anderer impuberes ausdrücklich anerkannt wird (c. 1. X de del. puer.). Daß der furiosus keine Injurie verüben könne ist in C. 15 q. 1 c. 2 gesagt, ebenso in Clem. un. cit. daß der von demselben verübte Todschlag beurtheilt werden solle wie der von einem Kinde ausgegangene. Eine andere Auffassung spricht sich in C. 15 q. 1 c. 12 aus:

> si quis insaniens aliquem occiderit si ad sanam mentem pervenerit levior ei imponenda est poena.

Es macht sich hier die Anschauung geltend, daß der Wahnsinn selber aus einer culpa des betroffenen geflossen sei. Aehnlich wird, verschieden von dem Römischen Rechte, auch die Trunkenheit behandelt. Trunkenheit soll die Zurechnungsfähigkeit ganz aufheben können, aber daß man der Trunkenheit willkürlich sich überlassen gestraft werden (C. 15 q. 1 c. 7, 9). Die Bestimmung hinsichts der Strafbarkeit im Wahnsinn verübter Verbrechen hat auf das gemeine Deutsche Recht keinen Einfluss geübt, mehr die Anerkennung der Unzurechnungsfähigkeit wegen Trunkenheit. Ein Fall wo die „simplicitas" des Greisenalters vor Strafe schützt wird in D. 86 c. 24 erwähnt. Auch die Tödtung die von einem

Schlafenden begangen wird kann nicht zugerechnet werden, nach § 25.
Clem. un. cit.; doch drückt sich in c. 3 X de his q. filios 5. 10 sehr deutlich das Bewusstsein aus wie schwer es sei bei derartigen Fällen Schuldlosigkeit und culpa zu unterscheiden, und die culpa soll nicht straflos ausgehn.

Römisches und Canonisches Recht verbunden sind wie für tausend andre Fragen so für die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit im gemeinen Deutschen Recht maßgebend geworden. Die frühere rohere die Bedeutung der Schuld wenn nicht verleugnende doch unterschätzende Auffassung ist in Deutschland mehr und mehr zurückgetreten. Auch nach dem Eindringen der fremden Rechte sind in Praxis und Doctrin die auf die Zurechnungsfähigkeit bezüglichen Fragen weder stets gerecht noch stets rein und richtig nach Grundsätzen des Römischen und Canonischen Rechts entschieden worden, aber diese späteren Abweichungen beruhten weniger auf falschen Grundanschauungen als auf Misverständnissen und Irrthümern im einzelnen.

Die Carolina nimmt im wesentlichen die Principien des Römischen Rechts auf, spricht übrigens von der Zurechnungsfähigkeit nicht sehr ausführlich. Die umfassendste Bestimmung enthält A. 179:

> Item wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlicheyt halben, wissentlich seiner synn nit hett, eyn übelthatt begangen, das soll mit allen umstenden an die orten unnd enden, wie zu ende diser unser ordnung angezeygt, gelangen und nach radt derselben und anderer verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden.

Art. 164 handelt von „jungen Dieben" insbesondere. Junge Diebe sollen „on sonder ursach" nicht vom Leben zum Tode gerichtet werden. Ist der Diebstahl groß oder unter erschwerenden Umständen verübt, „also daß die boßheyt das alter erfüllen möcht So

§ 25. sollen Richter und urtheyler deßhalb auch raths pflegen, wie ein solcher junger Dieb an gut leib oder leben zu straffen sei." Daß auch der Unreife der noch nicht doli capax, gestraft werden dürfe, ist mit diesen Worten sicher nicht gesagt, dagegen scheint die P. G. O darauf keine Rücksicht zu nehmen ob der Delinquent dem Alter nach nah an 14 J. (pubertati proximus, in diesem Sinn) worin ihr auch die Praxis meist gern gefolgt ist. Die anderen Ursachen der Unzurechnungsfähigkeit werden kurz abgethan: „so leut tödten die jr sinn nit haben", so soll dies nicht gestraft werden (A. 150). Der Ausdruck „leute so jr sinn nit haben" läßt aber sehr weite Auslegung zu, und die analoge Ausdehnung dieser Vorschrift von dem Todschlag auf andere Verbrechen kann nach der Ausdrucksweise der Carolina keinem Bedenken unterliegen.

Auch das spätere gemeine Recht ist in der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit nicht eigentlich productiv gewesen. Von einem dauerhaften Verweben der Grundsätze der fremden Rechte mit ursprünglich Deutschen Elementen, oder von einem wirklichen Fortbilden jener durch Deutsche Praxis und Doctrin zeigen sich kaum die ersten Spuren, dagegen hat man langsam freilich aber in beständigem Fortschritt das Fremde richtiger erkennen und für sich nutzbar zu machen gelernt. Nicht zu leugnen ist daß in diesen Beziehungen zumal in unserm Jahrhundert große Fortschritte gemacht sind. Zumeist ist die praktische Frage, welche einzelnen Zustände als die Zurechnungsfähigkeit ausschliessende angenommen werden müssten, bearbeitet worden. Richtig hat man schon seit lange erkannt, daß man nicht bei den in den Quellen aufgeführten Fällen stehn bleiben dürfte. Nach der anderen Seite, in Annahme von Gründen der Zurechnungsunfähigkeit, ist man oft viel zu weit gegangen; ein hübsches Verzeichnis derartiger Extravaganzen findet sich bei Kappler (Lit. des Criminalrs. § 97, 98).

Die neueren Schriftsteller pflegen auf die Darstellung

des Quellenmäßigen sich nicht zu beschränken, sie besprechen auch § 25.
andere Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, welche sie eben dafür halten, und suchen ihre Entscheidungen theoretisch zu begründen. Dawider ist an sich nichts zu erinnern, und bei der Bedeutung, welche thatsächlich die Speculation für die Fortbildung unseres Strafrechts gewonnen hat, muss man auch das sich gefallen lassen, daß diese theoretischen Begründungen engen Anschluss an die Quellen meist verschmähen. Daß trotzdem man sich der Einigkeit genähert hat ist sehr erfreulich. So wird jetzt zwischen den Gründen der Zurechnungsunfähigkeit und Gründen welche nur die Zurechnung des einzelnen Falles ausschliessen ohne das Individuum zum zurechnungsunfähigen zu machen fast allgemein richtig unterschieden. So weit war man anfangs des Jahrhunderts nicht. Wächter, Lehrbuch des Römisch Teutsch. Strafr. § 68 – 73 vom J. 1825 zählt die „einzelnen Zustände welche die Zurechenbarkeit einer verletzenden That ausschliessen" zusammen:

a) äussere absolute Gewalt, b) Befehl, c) unwiderstehlich wirkender thierischer Instinct, d) Geistes- und Gemüthskrankheiten, e—l) andere wirkliche oder vermeintliche Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, und dann wieder m) Unverschuldeter Irrthum; α) Rechtsirrthum, β) Irrthum in Rücksicht auf die mit der Handlung in Beziehung stehenden factischen Umstände.

Nicht besser Klenze 1833, Lehrb. d. gem. Strafrs. S. 38 f.:

A. absolute Zurechnungslosigkeit: 1) wegen äusserer Gewalt, 2) wegen Irrthums in den Thatsachen, ignorantia facti; B. relative Zurechnungslosigkeit: 1) Befehl (Amtspflicht) und Drohung, 2) Mangel an sittlicher Entwicklung, a) das Alter, Kinder, Greise, b) Unkunde des Rechts, ignorantia juris, völlige Roheit, 3) besondere Störung des sittlichen

§ 25. Zustandes, a) Affect und Bestürzung, b) Schlaf und Trunkenheit, c) Gemüths- und Geisteskrankheiten.

Heffter wirft sich selber vor, in der neuesten sechsten Auflage seines Lehrbuchs § 48 N. 1, früher den Unterschied der Zurechnungsfähigkeit der Person und der Zurechenbarkeit einer Handlung nicht genügend hervorgehoben zu haben.

Für uns gestaltet sich diese Unterscheidung so: bei der Unzurechnungsfähigkeit haben wir überall mit einem Subject zu thun in dem nach seiner individuellen Beschaffenheit der innere Thatbestand, nicht eines Verbrechens überhaupt, sondern gerade desjenigen das in Frage steht, sich nicht entwickeln kann, während wo sonst irgend die Zurechnung noch ausgeschlossen sein mag, die Entwicklung des innern Thatbestands im Thäter nach dessen persönlicher Beschaffenheit möglich gewesen wäre, aber durch einwirkende Umstände ausgeschlossen ist. Falsch wäre es bei der Zurechnungsunfähigkeit stets einen länger andauernden Zustand anzunehmen, der Fieberparoxysmus oder Wahnsinnsanfall kann weit rascher vorübergehen als der Irrthum der bei dem Zurechnungsfähigen die Zurechnung ausschliesst; ebenso falsch Zurechnungsunfähigkeit stets als Zustand zu definiren in welchem man überall gar kein Verbrechen begehn könne, denn erfordert wird nur daß der Thäter nicht den intellectus habe den das crimen quod intenditur voraussetzt.

Die theoretischen Deductionen müssen je nach den verschiedenen Grundsätzen von denen der einzelne ausgeht auseinanderlaufen. Feuerbach, der übrigens auch in der neusten Ausgabe nicht zu einer ausreichenden Umgrenzung der Zurechnungsfähigkeit gelangt ist, sagt in älteren Ausgaben an sich deutlich und seinen Principien entsprechend:

Die Gründe der Imputativität sind:

1) Das Bewusstsein der Strafbarkeit der Handlung.

2) Die Möglichkeit des Einflusses der Vorstellung von der Strafbarkeit auf die Unterlassung der That. § 25

Bei der Durchführung bleibt er nicht immer ganz treu bei diesen Gedanken, und war später zu Concessionen noch geneigter als früher. Andere hatten theils minder schroffe Grundanschauungen, theils mochten sie dieselben weniger scharf gezeichnet darlegen. So kommt man anscheinend wenigstens auch hier der Einigkeit allmälich näher. Und zwar tritt der Gedanke in den Vordergrund, daß der Mangel der Zurechnungsfähigkeit der Regel nach aus dem Ungenügen des Erkenntnisvermögens fließe. Abegg (Lehrb. der Strafrswissensch. § 78, 79) führt die Zurechnung auf das Wissen und Wollen zurück und betont „die Möglichkeit der Kenntnis daß dieser Erfolg entstehen könne und daß derselbe dem Gesetze widerspreche" Heffter Lehrb. § 48:

> Zurechnungsfähigkeit beruht in dem Besitz des Denkvermögens, dessen Gebrauch der Staat bei dem einzelnen in Anspruch nimmt um sich mit der bürgerlichen Ordnung in Uebereinstimmung zu erhalten und den Anreizungen der Sinnlichkeit zu widerstehn. In dem Denken (vernünftig Denken) und sich danach Bestimmenkönnen liegt die Freiheit des Menschen. Die Zurechnungsfähigkeit besteht wesentlich in dem Dasein des Wahrnehmungs= und Denkvermögens zur Zeit der That.

Auch Köstlin System § 49 erfordert zur Zurechnungsfähigkeit die Reife „um das Bewusstsein eines objectiv sittlichen in Gesetzen und äusseren Institutionen fixirten Pflichtenkreises haben zu können". Berner Lehrbuch § 77 unterscheidet drei Arten des Bewusstseins: „Zur Zurechnungsfähigkeit ist erforderlich 1) Selbstbewusstsein, 2) Bewusstsein der Aussenwelt, 3) ein entwickeltes Pflichtbewusstsein". So gern ich ihm in dem Resultat beitrete, so wenig scheint mir diese Abtheilung für die Darstellung glücklich gewählt. Denn

§ 25. ein wirkliches Selbstbewusstsein ist von dem Bewusstsein der Aussenwelt ganz untrennbar, und das entwickelte Bewusstsein der Aussenwelt ist zugleich stets ein Pflichtbewusstsein. Auch die von Mittermaier (zu Feuerb. 14. Ausg. § 90 a) aufgestellte Unterscheidung ist keine glückliche:

Die Zustände welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen sind entweder

A) solche in welchen das nothwendige Bewusstsein, oder

B) solche in denen die Freiheit der Willensbestimmung aufgehoben ist.

Im ganzen aber ist nicht zu verkennen daß die heutige Deutsche Strafrechtslehre den Grund der Zurechnungsfähigkeit im Dasein des freien Willens und die Freiheit des Willens in dem Vermögen vernünftig zu erkennen und zu wissen sieht. Wenn wir dem im allgemeinen zustimmen, so verzichten wir damit nicht auf den Widerspruch gegen einzelnes.

So dürfte nach dem Vorgange des Römischen Rechts auch für das geltende Recht entschiedener hervorzuheben sein, daß derselbe Mensch zugleich in Beziehung auf gewisse Verbrechen als zurechnungsunfähig, und auf andre als zurechnungsfähig anzunehmen sein kann, und daß diese partielle Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit keineswegs nur durch jugendliches Alter sondern ebensowol auch durch andre Einflüsse, z. B. die mangelhafte Entwicklung Taubstummer, bewirkt werden mag. Sehr möglich daß dasselbe Individuum fähig ist die Bedeutung eines Mordes zu begreifen, das doch betreffs der Münzfälschung, zu der es durch andre als Theilnehmer zugezogen ist, für unzurechnungsfähig gelten muss. Daß die Quellen des gemeinen Rechts so die Zurechnungsfähigkeit nach den Verbrechen verschieden umgrenzen, hatten schon andere gesehn, Roßhirt (Entw. d. Grundſ. d. Strafrs. S. 193 f.), Heffter (Lehrb. § 50, 2), Köstlin (Syst.

S. 137, 1), am überzeugendsten aber ist es ausgeführt von § 25.
Goldschmidt (Arch. f. d. civ. Praxis XXXIX), der diese Fragen nur beiläufig berührt.

Auch was die Behandlung der einzelnen Gründe der Zurechnungsunfähigkeit anlangt, wird man bei manchen auch der neueren Bearbeiter allerlei auszusetzen finden. Nicht selten wird übersehn daß es sich hier überwiegend um Fragen handelt die ausserhalb des Rechtsgebiets liegen. Der Jurist kann nur sagen: Das ist ein Verbrechen; dasselbe setzt dies und jenes im Verbrecher (innerer Thatbestand) voraus; damit dies und jenes sich entwickeln könne, müssen solche geistige Fähigkeiten vorhanden sein, also kann überall nur ein Individuum von solchen Fähigkeiten Subject eines Verbrechens sein. Wann aber diese Fähigkeiten bei normaler Entwicklung im Menschen sich ausbilden, welche Einflüsse ihrer Ausbildung entgegenwirken oder gar die schon ausgebildete Fähigkeit wiederaufheben können, das sind Fragen die lediglich der Psychologie angehören und die auch durch gesetzliche Sanction nur im Widerstreit mit der Gerechtigkeit zu Rechtsfragen gemacht werden können. Die schiefe Grundanschauung führt zu Misgriffen im einzelnen: bald glaubt wer die Gründe der Unzurechnungsfähigkeit erschöpfend aufzählen zu können; von anderer Seite werden mit Bezugnahme auf juristische Autoritäten Gründe namhaft gemacht, denen psychologisch die Wirkung die Zurechnungsfähigkeit aufzuheben nicht zugeschrieben werden kann; häufig ist auch der Irrthum, es komme nur auf das Dasein eines Zustandes an der gewöhnlich Unzurechnungsfähigkeit begründet, nicht darauf ob wirklich im concreten Falle dieser Zustand das Wollen und Wissen im Thäter bindet. Köstlin (Syst. § 51, 1) nimmt richtig an, daß nicht das Greisenalter an sich, sondern nur die etwa mit dem Alter im einzelnen Falle sich einstellende Verstandesschwäche Grund der Unzurechnungsfähigkeit bilde; daß aber

§ 25. auch die Jugend nicht anders an sich kein Grund der Unzurechnungsfähigkeit ist, nur das die Jugend stets bis zu einem bei verschiedenen Individuen verschieden gelegenen Alterspunkte begleitende Urtheilsvermögen, ist ihm nicht ebenso klar geworden.

---

§ 26.

Zurechnungsfähigkeit. Particulargesetzgebung.

§ 26. Einige der neuen Strafgesetzbücher enthalten ausdrückliche Bestimmungen über das Requisit der Zurechnung, so

> Bair. A. 119: Eine Handlung, welche der Person weder aus dem Grunde eines rechtswidrigen Vorsatzes noch einer Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, ist unsträflich.

Aehnlich Oldenb. A. 123, Braunschw. § 26 und andere. Streng genommen bedürfte es hieneben keiner weiteren Auslassung über die Zurechnungsfähigkeit. Einen rechtswidrigen Vorsatz fassen und fahrlässig handeln kann nur wer eben die geistigen Fähigkeiten besitzt, die wir unter den Ausdruck „Zurechnungsfähigkeit" zusammenzufassen pflegen. Der größeren Deutlichkeit zu Liebe hat keines der Particulargesetze auf jene allgemeinen Bestimmungen sich beschränken mögen, es werden aber aus denselben nicht selten die die Zurechnungsfähigkeit und Unfähigkeit betreffenden Sätze hergeleitet.

> Oesterr. § 1: Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert. § 2 Daher wird die Handlung als Verbrechen nicht zugerechnet a) wenn der Thäter des Gebrauchs der Vernunft ganz beraubt ist u. s. w.

Vergl. Bair. A. 119—121, Old. A. 124—26, Hann. A. 82 83. Im Sächs. Strafgesetzbuch wird eine allgemeine auf die Zu-

rechnungsfähigkeit bezügliche Regel an die Spitze gestellt, dann § 26.
folgen Bestimmungen die sich auf die einzelnen Gründe beziehn:

A. 86. Eine ihrer äussern Erscheinung nach gesetzwidrige That kann nicht als Verbrechen zugerechnet werden, 1) wenn der Thäter zur Zeit der Begehung nicht die Fähigkeit der Selbstbestimmung besaß, ...

A. 87 Die Fähigkeit der Selbstbestimmung ist bei Personen welche das vierzehnte Jahr ihres Alters zurückgelegt haben vorauszusetzen, dafern nicht nachgewiesen werden kann entweder, a) daß ihnen Geisteskräfte fehlen u. s. w.

Andere Gesetze enthalten sich jeder allgemeinen Bestimmung, so besonders das Preussische, das nur im § 40 einzelne Fälle der Zurechnungsunfähigkeit anführt. Zu tadeln ist daß in manchen Strafgesetzbüchern die einzelnen die Zurechnungsfähigkeit ausschliessenden Gründe vermischt mit andern gleichfalls Straflosigkeit bewirkenden aber mit der Zurechnungsfähigkeit in keinem Zusammenhange stehenden Momenten vorgetragen werden. So sprechen die obenerwähnten A. 120, 21 des Bair. Gesetzes unter 1—9, von Kindern unter acht Jahren, Rasenden, Wahnsinnigen, Blödsinnigen, Altersschwachen, Taubstummen, dann aber (6—8) von unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit, unwiderstehlicher körperlicher Gewalt, Drohungen, und wieder unter 9, von unverschuldeter Verwirrung der Sinne. Oldenb. A. 125, 126 und Hannover Art. 83, 84 sind dem Bairischen Gesetzbuch in diese Unordnung gefolgt, wogegen wider die Anordnung des Bairischen Entwurfs wenig zu erinnern sein dürfte.

Am eingehendsten wird überall das Verhältnis des jugendlichen Alters zur Zurechnungsfähigkeit behandelt. Die Gesetze divergiren hierüber nicht unerheblich. Steif sind die Regeln des Oesterreichischen Rechts: Kinder bis zum zehnten Jahr verfallen nur häuslicher Zucht, elf- bis vierzehnjährige sollen wegen gröbe-

§ 26. rer Vergehungen, Verbrechen im Sinn des Oesterreichischen Gesetz, öffentlich aber verhältnismäßig milde gestraft, wegen kleinerer Sachen aber, Vergehen und Uebertretungen, regelmäßig wieder nur häuslich gezüchtigt, unter besonderen Umständen von der Sicherheitsbehörde behandelt werden (vgl. § 2, 237, 269—73). Bis zum zwanzigsten Jahre gilt dann das Alter noch als Milderungsgrund bei Verbrechen (§ 46, vgl. § 264), Unzurechnungsfähigkeit aber des Alters wegen wird bei übervierzehnjährigen nie angenommen. Die Beachtung des zehnten Lebensjahres erinnert an die Glossatorenunterscheidung der infantiae proximi und derer qui prope pubertatem sunt. Etwas gefügiger ist schon das Bairische Recht: Kinder nur bis zum achten Jahre sind gar nicht zu strafen, nur häuslicher Zucht zu überlassen, unter Mitwirkung und Aufsicht der Obrigkeit je nach Umständen (Art. 120 u. 98 I). Für den Zeitraum vom vollendeten achten bis zum sechzehnten Jahre ist die individuelle Reife entscheidend, nur die, welche vom Richter als zurechnungsfähig erkannt werden, darf Strafe treffen; aber auch bei diesen wirkt das Alter als Milderungsgrund, bei unterzwölfjährigen mehr noch als bei älteren. Vergehungen aus bloßer Nachlässigkeit von untersechzehnjährigen bleiben ganz der häuslichen Zucht überlassen (Art. 102). Ueber das sechzehnte Jahr hinaus kommt das jugendliche Alter auch als Milderungsgrund nicht mehr in betracht (Art. 98, 99). Oldenburg hat diese Bestimmungen unverändert aufgenommen (Art. 120, 105, 106); Würtemberg dehnt die unbedingte Unzurechnungsfähigkeit bis auf das zehnte Lebensjahr aus, und spricht dem zwölften Jahre alle Bedeutung ab, übrigens schliesst es sich dem Bairischen Recht an, die elf- bis sechzehnjährigen sind bei entsprechender persönlicher Entwicklung mit gemilderter Strafe zu belegen, über das sechzehnte Jahr hinaus wirkt das Alter nicht (Art. 95, 96). Aehnlich ist das Hessische Gesetz, nur daß hier die absolute Zurechnungsunfä-

higkeit gar bis zum zwölften Jahre andauert, und vor vollendetem § 26.
achtzehnten Jahr das Alter die Todesstrafe ausschliesst (Art. 37, 115—17), ebenso Baden (§ 78—80). Von diesen unterscheidet sich das Hannöversche Recht nur betreffs Behandlung der Verbrecher die das sechzehnte Jahr schon zurückgelegt haben, bei diesen soll das Alter als Milderungsgrund gelten wenn das Verbrechen aus Uebereilung Leichtsinn und jugendlicher Hitze geflossen (Art. 83, 99—101). Auch der Bairische Entwurf stimmt hiemit überein, abgesehn davon, daß er das jugendliche Alter über das sechzehnte Jahr hinaus überall nicht wirken lässt (Art. 57, 80—82). Von hieraus ist nur noch ein freilich nicht kleiner Schritt zu der von dem code pénal (a. 66) aufgestellten jetzt im neuen Preussischen Strafgesetz (§ 42, 43) angenommenen Norm:

> „Wenn ein Angeschuldigter noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat und festgestellt wird daß er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, so soll er freigesprochen werden"; hat er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt, so wird er milder bestraft als ältere.

Damit ist die der Römischen infantia entsprechende Altersstufe der unbedingten Zurechnungsunfähigkeit beseitigt. Hält man besondere Bestimmungen über das jugendliche Alter für unentbehrlich, so wird man diese Satzung als den Verhältnissen und dem Zweck entsprechend anerkennen müssen. Viel willkürlicher ist die Bestimmung Braunschweigs (§ 300): Nichtzurechnungsfähigkeit bis zum vierzehnten Jahre, dann bis zum vollendeten einundzwanzigsten Jahre Jugend stets Milderungsgrund, nur zwischen achtzehn und einundzwanzig soll auf die „besondere Bosheit und Ueberlegung" gesehn werden, und derentwegen weniger aber doch immer noch sehr erheblich gemindert werden. Dem sehr ähnlich Thüringen (Art. 61, 58) und Sachsen (Art. 87, 89, 90): Zurechnungsunfähigkeit ganz allgemein bis zum zwölften, in Sachsen bis zum

§ 26. vierzehnten Lebensjahr; dann ebenso allgemein bis zum achtzehnten Jahr ist Jugend Milderungsgrund.

Nicht alle Gesetze erwähnen des hohen Alters als Grund der Zurechnungsunfähigkeit.

Baiern Art. 120 Es sind gegen alle Strafe entschuldiget:

4) Personen welche durch hohen Alters Schwäche ihren Verstandesgebrauch verloren haben.

Ebenso Oldenburg Art. 125 4, Hannover Art. 83 4, daneben kommt das Alter über 60 Jahr, wo es den Verstandesgebrauch nicht ganz hemmt, auch noch als Milderungsgrund in betracht: Baiern Art. 103, Oldenburg Art. 110, Hannover Art. 102. Nur als Milderungsgrund erkennt das Braunschweigische Gesetz § 66 7, das vorgerückte Lebensalter an. Wenn die andern Gesetze vom hohen Alter gar nicht reden, so wollen sie doch auch keineswegs, daß wo des Alters wegen der Vernunftgebrauch verloren gegangen Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei, ebenso wie diejenigen wenigstens, die dem Richter bei Berücksichtigung der Milderungsgründe freie Hand lassen, nichts dawider haben können, daß unter Umständen auch des hohen Alters wegen die Strafe herabgesetzt wird.

Daß überhaupt wo die Urtheilskraft völlig gelähmt wird Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen, ist der Wille aller Particulargesetze, die Fassung aber ist sehr mannigfach. Oesterreich § 2 redet davon

a) wenn der Thäter des Gebrauchs der Vernunft ganz beraubt ist,

b) wenn die That bei abwechselnder Sinnenverrückung zu der Zeit da die Verrückung dauerte begangen ist.

Das Bairische Gesetzbuch specialisirt etwas mehr:

Art. 120—24: Rasende Wahnsinnige und überhaupt solche Personen welche den Gebrauch ihres Verstandes durch

Melancholie oder andre schwere Gemüthskrankheit verloren § 26.
und in diesem Zustande ein Verbrechen begangen haben;
3) solche die durch Blödsinn völlig ausser Stande waren die Folgen ihrer Handlungen richtig zu beurtheilen oder deren Strafbarkeit einzusehn.

Oldenburg Art. 125 2, und 3, ganz ebenso, Hannover Art. 83 2, 3, sehr ähnlich. Die allgemeine Vorschrift verbunden mit den speciellen Anwendungsfällen findet sich im

Württemberg. Art. 37. Eine unerlaubte Handlung ist straflos wenn sie in einem Zustande begangen wurde in welchem der freie Gebrauch der Vernunft aufgehoben war. Dahin gehört hauptsächlich Raserei, allgemeiner und besonderer Wahnsinn, völliger Blödsinn und vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes.

Nach Hessen Art. 37 soll darauf gesehn werden, ob die Person die fragliche „Handlung in einem Zustande verübt habe in welchem das Bewusstsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war"; beispielsweise werden dann genannt Schlaf Nachtwandeln Wahnsinn, völliger Blödsinn, Raserei Verrücktheit. Dem nicht unähnlich Baden § 71 und 75. Thüringen Art. 62 1, fasst die Seelenkrankheiten zusammen: „die durch eine allgemeine oder theilweise Seelenkrankheit des Gebrauchs ihrer Vernunft völlig beraubt gewesen"; nur wenig specieller ist der Bair. Entw. Art. 56 1: „durch Geisteszerrüttung oder Blödsinn seines Vernunftgebrauches beraubt war". Preussen § 40: „wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig"; weniger kurz und klarer Braunschweig § 30: „Personen welche des Vernunftgebrauchs völlig beraubt sind". Theoretisch fein aber für die Praxis werthlos sind die Unterscheidungen des neuen Sächsischen Strafgesetzes:

Art. 87 Die Fähigkeit der Selbstbestimmung ist bei Personen.... vorauszusetzen, dafern nicht nachgewiesen werden kann

§ 26. entweder a) daß ihnen die Geisteskräfte, welche dazu gehören um das Rechte von dem Unrechten unterscheiden zu können gänzlich fehlen, oder b) daß diese Kräfte bei ihnen gänzlich unentwickelt geblieben sind, oder c) daß sie die That in einem bewusstlosen Zustande oder während einer Seelenkrankheit verübt haben, welche den Vernunftgebrauch entweder im allgemeinen oder in der besonderen Richtung, welche bei der That in betracht kommt gänzlich aufhebt.

Eigentlich principielle Divergenzen sind trotz der mannigfaltigen Gestaltungen die der Ausdruck annimmt augenscheinlich nicht vorhanden. Zu den vielen Bedenken die sich wider das Streben zu specialisiren kehren, gehört auch daß wir zur Zeit noch viel zu wenig Kenntnis der einzelnen Geisteskrankheiten besitzen um diese scharf von einander abzugrenzen; die natürliche Folge davon ist, daß wie wir es hier sehn der eine diese der andre jene Namen nennt, während doch beide an dasselbe denken. Genau betrachtet vermögen wir wol nicht einmal Geisteskrankheiten von Sinnesverwirrungen und Bewusstlosigkeit, von denen manche Gesetze reden, sicher zu unterscheiden. Diese berührt im Gegensatz zu jenen Krankheiten der citirte Württ. Art. 37, Hessen Art. 37 3, Baden § 75. Darauf als einen Grund der Zurechnungsunfähigkeit beziehn sich ausserdem Oesterreich § 2c, Baiern Art. 12 9, Oldenburg Art. 125 9, Hannover 84 9, Braunschweig 80, Thüringen 62 3, Bair. Entw. Art. 56 2, Sachsen Art. 87 c. Der einzige objective Unterschied: daß die „Sinnesverwirrungen" meist eher vorübergehn; aber Paroxysmen des Wahnsinns können auch nur kurz andauern. Uns teuscht und erzeugt den Schein des vermeintlichen Unterschieds, daß wir bei der s. g. Sinnesverwirrung die Quelle aus der sie fliesst zu kennen vermeinen, weil meist die äussere Veranlassung derselben zu Tage liegt, während ihr inneres Wesen ebenso wenig ergründet ist wie das der Seelenkrankheiten.

Von den einzelnen möglichen Fällen dieser Sinnesverwirrung § 26.
oder Bewussṫlosigkeit dürfte kein anderer so oft vor den Criminalrichter kommen wie die Trunkenheit. Einige Gesetze erwähnen dieses Zustandes besonders. Das Oesterreichische Gesetzbuch spricht § 2c von „voller Berauschung oder einer andern Sinnenverwirrung". Die Zurechnung wird dadurch ausgeschlossen, wer aber im Zustande des Rausches Handlungen begangen, die ihm übrigens als Verbrechen zuzurechnen wären, bei dem wird diese Trunkenheit selber als Uebertretung gestraft (§ 236, 523). In andern Strafgesetzen finden sich directe Hinweisungen daß die die Zurechnung ausschliessende Sinnesverwirrung auch den Zustand höchster Trunkenheit mitumfasse, so Baiern Art. 152 (aufgehoben durch Ges. v. 29/8 48), Oldenburg Art. 157, Württemberg Art. 97, Braunschweig Art. 66, Hessen Art. 38, Baden § 76, Bair. Entw. Art. 56. Ein minderer Grad der Trunkenheit wird vielfach als Strafmilderungsgrund genannt: Baiern Art. 152, 185 (aufgehoben), Oldenburg Art. 157, 190, 374, Hannover 94 6, Braunschweig 66 1, Baden § 153 2, vgl. Sachsen Art. 88. Gegen beides, daß die Trunkenheit, wenn sie wirklich die Thätigkeit der Urtheilskraft und des Willens völlig hemmt, als Grund der Unzurechnungsfähigkeit, und daß sie, wo sie im niederen Grade vorhanden doch das Urtheil erheblich trübt, als Ursache der Strafmilderung erfasst wird, ist von unseren Principien aus nichts zu erinnern. Bedenklich ist die verschiedenartige Behandlung welche sich bisweilen an die Unterscheidung verschuldeter fahrlässiger und absichtlich erzeugter Trunkenheit anknüpft. Braunschweig § 30 lässt als Zurechnungsunfähige nur die gelten, die „zur Zeit der Begehung der That ohne ihr Verschulden völlig bewusstlos waren"; ähnlich sprechen Baiern Art. 121 9, Oldenburg 126 9, Hannover 84 9, nur von „unverschuldeter Verwirrung der Sinne". Es scheint aber daß, wo irgend die Trunkenheit Wollen und Wissen

§ 26. aufhebt, sie überall auch die Zurechnung des im trunkenen Zustande begangenen ausschliessen müsse, gleichviel wie sie entstanden, und daß der Thäter nur deswegen weil er sich in die Trunkenheit dolos oder culpos versetzt gestraft werden dürfe. Wird also der Begriff des „ohne Verschulden" nicht durch Interpretation bedeutend eingeschränkt, so kann man der angeführten Bestimmung des Braunschweigischen Rechts sicher nicht zutreten. Leichter ist die Ausgleichung mit den Bestimmungen von Baiern Oldenburg Hannover. Diese dürften nämlich im wesentlichen auf einen Satz hinauslaufen der fast in allen Particulargesetzen wiederkehrt:

> hat der Thäter das Verbrechen im Zustande der Zurechnungsfähigkeit beschlossen und sich sodann um dasselbe auszuführen durch Trunk oder andere Mittel in den Zustand der Sinnesverwirrung oder Bewusstlosigkeit versetzt, so ist Zurechnungsunfähigkeit nicht anzunehmen, vielmehr das Verbrechen als vorsätzlich begangenes zu strafen.

Man vergleiche:

Oesterreich, Strafgesetz von 52 § 2c.
Thüringen, Str. G. B. Art. 62 3.
Königr. Sachsen, Str. G. B. Art. 88.
Baiern, Entw. Art. 56.

Dieselbe Bestimmung mit dem Zusatze daß auch die fahrlässige Versetzung in den Zustand der Trunkenheit, falls in diesem Zustande eine verbrecherische That begangen wurde, als Fahrlässigkeit zu strafen sei:

Württemberg, Str. G. B. Art. 97.
Str. G. f. d. Gr. H. Hessen Art. 38.
Str. G. B. f. Baden § 76.

Freilich greifen die Worte der angezogenen Artikel des Bairischen Oldenburgischen Hannoverschen Gesetzes, dessen Fassung übrigens

von dem der andern beiden sich etwas unterscheidet, etwas weiter § 26.
als die in den andern Ländern angenommenen Bestimmungen:

keine Zurechnung wenn die That beschlossen und vollbracht worden ist in unverschuldeter Verwirrung der Sinne.

Halten wir uns blos an diese Worte, so ist nach Bairischem Rechte als Mörder strafbar wer den Mord nüchtern beschlossen und in unverschuldeter Sinnesverwirrung vollbracht hat, ferner wer schuldvoll aber nicht um zu tödten sich berauscht und im Zustande des Rausches den Mord beschlossen und vollbracht hat. Doch dürfte hier vielleicht die restrictive Auslegung am Platze sein, welche aus diesen Bairischen Oldenburgischen Hannoverschen Vorschriften nicht mehr herausliest, als in dem Oesterreichischen Sächsischen Württembergischen Gesetz klar gesagt ist.

Daß das selbstverschuldete Versetzen in den Zustand des Rausches nach Umständen als Fahrlässigkeit gestraft werde, wie Würtemberg Hessen Baden dies verlangen, scheint mit guten Gründen kaum angefochten werden zu können. Dagegen haben sich beachtenswerthe Stimmen (Köstlin System § 52, 2; Temme Preuß. Strafr. § 37) wider den andern Satz erhoben, daß wenn der Thäter absichtlich um das Verbrechen zu verüben sich berauscht habe, ihm auch das verübte voll zuzurechnen sei. Die Gesetzgebung, die übrigens, wie das neue Sächsische Strafgesetzbuch und der Bairische Entwurf beweisen, noch keine Lust hat sich bekehren zu lassen, dürfte hier im vollen Recht gegen die Opposition der Theorie sein. Dafür scheint zweierlei zu sprechen. Zuvörderst daß, wo ein Mensch sich berauscht hat, im Rausche aber soviel innere Consequenz und Herrschaft über sich selber behält um den vorher in der Nüchternheit gefassten Entschluss auszuführen, überall nicht anzunehmen ist, daß dieser Rausch das Vermögen zum Wollen und Erkennen unterdrückt und den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit herbeigeführt habe. Sodann daß selbst wenn es möglich

§ 26. wäre, daß der Rausch welcher die Ausführung des vorher entwickelten Planes vermittelt, nicht blos den Muth des Thäters anregte, Bedenklichkeiten verscheuchte, vielleicht die Erinnerung an das Gethane verfinsterte, sondern wirklich Urtheil und Willen zeitweilig ganz aufhöbe, dennoch ein vorsätzliches im zurechnungsfähigen Zustande verübtes Verbrechen vorliegen würde, verübt mit dem Augenblick wo der Thäter absichtlich, also noch erkennend und somit zurechnungsfähig sich berauscht. X hat sich berauscht um den F zu erschlagen, und dies Verbrechen in dem Zustande der Trunkenheit mit einem Hammer ausgeführt. In dem Zeitraum wo X trinkt sieht er als nächsten Erfolg vorher den eignen Rausch, als weiteren Erfolg daß er im Rausch das betreffende Verbrechen verüben wird; und zugleich will er die Handlungen, die wie er sieht den Rausch und weiter das Verbrechen herbeiführen werden. Willen und Wissen stimmen überein, die inneren Voraussetzungen vorsätzlicher Tödtung sind also vorhanden. Die Tödtung muss aber auch als absichtliche gelten, da der Verbrecher gerade um zu tödten gehandelt hat. Daß im Augenblick der Ausführung dem Verbrecher Wissen und Willen fehlt, ist gleichgültig. Er hat sich selber zum Werkzeug gemacht; auf den Vorsatz des Werkzeugs kommt überall nichts an. Und daß der Verbrecher selber gerade in dem Augenblick der unmittelbaren Einwirkung den betreffenden Vorsatz habe, ist gleichfalls nicht erforderlich. Y hat einem Kranken absichtlich statt Arznei Gift verschrieben. In dem Augenblick da dies dem Kranken eingegeben wird schläft unser Y. Ist er darum des Mordes unschuldig? Der Vorsatz muss vorhanden sein im Augenblick der Handlung, die den verbrecherischen Erfolg wenn auch nur mittelbar herbeiführt. Der Act der Berauschung des X hat die Tödtung des F nach sich gezogen, und zur Zeit dieses Actes hat X den erforderlichen Vorsatz gehabt.

Schließlich ist noch zu erwähnen daß einige Gesetze auch die

Taubstummen als unzurechnungsfähige Personen namhaft machen, § 26
jedoch nur mit Einschränkungen. Thüringen Art. 62 2, spricht ausdrücklich nur von „taubstumm gebornen oder in den Jahren der Kindheit taubstumm gewordenen“; alle aber erfordern daß die Taubstummen ohne genügenden Unterricht geblieben und daß sie das Bewusstsein der Strafbarkeit ihrer That nicht haben, so noch Baiern Art. 120 5, Oldenburg Art. 125 5, Hannover Art. 83 5, Braunschweig § 30, Hessen Art. 37, Baden § 17. Wenige nennen die Taubstummheit auch ohne diese begleitenden Momente noch als Strafmilderungsgrund: Baiern und Oldenburg an den angeführten Stellen, vergl. Braunschweig § 60.

Wie untereinander so scheinen die Bestimmungen der Particulargesetze über die Zurechnungsfähigkeit im wesentlichen auch mit unserer Theorie übereinzukommen. Kein Gesetz das eine erschöpfende Aufzählung der Unzurechnungsfähigkeitsgründe unternähme und damit verordnete daß mögliches Falles wirklich zurechnungsunfähige weil die ihnen eigenthümliche Form der Unzurechnungsfähigkeit im Gesetz keinen Platz gefunden wie Zurechnungsfähige behandelt werden sollten. Die Fassung des Preuss. Str. G. B. § 40 konnte hierüber Zweifel erzeugen; mit Recht hat das Obertribunal (Erk. v. 7/4 54, Temmes Arch. II 227, vergl. Oppenhof Str. G. B. § cit.) in Uebereinstimmung mit der bei der Abfassung des Gesetzbuchs thätig gewesenen Commission der ersten Kammer angenommen, daß der fragliche Paragraph den Richter nicht hindern dürfe bei der thatsächlichen Beurtheilung auch andre als die daselbst genannten die Willensbestimmung und mithin die Schuld des Thäters aufhebenden Gründe zu berücksichtigen. Ebenso ist auch Art. 62 des Thüringer Str. G. Bs. nicht als ein casuistisch abschliessender zu erfassen, wenngleich man bei einer steifen Wortauslegung zu dem Resultat kommen könnte daß wer aus einem in dem genannten Artikel nicht ausdrücklich ge-

§ 26. nannten Grunde „des Gebrauchs der Vernunft völlig beraubt gewesen“ doch als zurechnungsfähig gelten müsse. Es ist aber gewis, daß an diesem Art. 62 nur die Fassung zu tadeln ist. Andererseits ist anzuerkennen wie die meisten Gesetze bei vielen der von ihnen beispielsweise als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit namhaft gemachten Zustände auch darauf hinweisen, daß dieselben nicht an und für sich, sondern nur insofern sie die geistige Thätigkeit wirklich hemmen, Unzurechnungsfähigkeit bewirken. Nur betreffs der Jugend ist dies allein im Preussischen Recht angenommen; bei anderen Gründen der Unzurechnungsfähigkeit findet sich dasselbe auch in anderen Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen:

Oesterr. § 2c. ... Berauschung oder andere Sinnesverwirrung, in welcher der Thäter sich seiner Handlung nicht bewusst war.

Baden § 77 Taubstumme, deren Geisteskräfte nicht so weit entwickelt sind um die Folgen und die Strafbarkeit einer begangenen Uebertretung einzusehn;

auch Baiern Art. 120 2, 3, 4, 121 9, Oldenburg Art. 125 2, 3, 4, 126 9, Hannover 83 2, 3, 4, 84 9. Wieder andere Gesetze bedürfen dieser speciellen Hinweisungen nicht wegen ihrer allgemeinen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit; so

Württemberg Art. 97. Eine unerlaubte Handlung ist straflos, wenn sie in einem Zustande begangen wurde in welchem der freie Gebrauch der Vernunft aufgehoben war. Dahin gehört hauptsächlich Raserei Wahnsinn u. s. w.

ähnlich Baden § 71, 75, vergl. Hessen Art. 37 3, Bair. Entw. Art. 56, Sachsen Art. 86, 87.

Ebenso ist hervorzuheben daß fast überall der Grund der fehlenden Zurechnungsfähigkeit in einen Mangel des Urtheils- und Erkenntnisvermögens gesetzt wird. So spricht der Bair. Art. 120 wiederholt davon, daß der Thäter den „Gebrauch des Verstandes verloren“ oder „die Folgen seiner Handlungen richtig zu beurtheilen

und deren Strafbarkeit einzusehn" ausser Stande gewesen. Ganz § 26.
ebenso Oldenburg Art. 125, ähnlich Hannover Art. 83: Krankheiten „durch welche der Vernunftgebrauch aufgehoben wird". Oesterreich § 2 sieht darauf ob „der Thäter des Gebrauchs der Vernunft ganz beraubt ist" und ob derselbe „sich seiner Handlung nicht bewusst" gewesen. Vom „aufgehobenen Gebrauch der Vernunft" reden ausserdem: Württemberg Art. 97, Braunschweig § 30, Thüringen Art. 62, Bair. Entw. Art. 56. Hessen Art. 37 erfordert daß „die Sträflichkeit der Handlung und deren Folgen nicht erkannt gewesen" und daß „das Bewusstsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war". Baden § 71 „Zustand in welchem das Bewusstsein der Strafbarkeit der Handlung oder die Willkür des Handelnden fehlt". Dem verwandt Sachsen Art. 86 „wenn der Thäter nicht die Fähigkeit der Selbstbestimmung besaß"; diese Fähigkeit aber nimmt der gleich folgende Art. 87 als vorhanden an, wenn nicht „die Geisteskräfte welche dazu gehören, um das Rechte von dem Unrechten unterscheiden zu können gänzlich fehlen, oder gänzlich unentwickelt geblieben oder durch irgend welche Einwirkung ausser Thätigkeit gesetzt" sind. Endlich ist noch das Preussische Gesetzbuch zu erwähnen, nach dessen § 42 bei dem Untersechzehnjährigen geprüft werden soll ob „er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hat", und man wird mit Beziehung hierauf Hälschnern (Syst. des Preuss. Strafrs § 25 Anm.) wider das Obertribunal Recht geben müssen, daß das Handeln mit Unterscheidungsvermögen stets auch als Handeln eines Zurechnungsfähigen anzunehmen sei. Das Obertribunal, Erkk. v. 17/9 u. 20/10 52, übersieht daß durch Bejahung der Frage, daß Angeklagter mit Unterscheidungsvermögen gehandelt, derselbe nicht blos einem Erwachsenen überhaupt, sondern einem mit Unterscheidungsvermögen also im Zustande der Zurechnungsfähigkeit handelnden Erwachsenen gleichgestellt wird, indem

§ 26. auch kein Erwachsener zu gleicher Zeit im Besitz des Unterscheidungsvermögens und doch unzurechnungsfähig sein dürfte; wogegen die Frage betreffs der Zurechenbarkeit der fraglichen Handlung auch nach dem zuerkannten Unterscheidungsvermögen und der damit angenommenen Zurechnungsfähigkeit, wie auch Hälschner hervorhebt, noch besonderer Beantwortung bedarf.

Auch darin stimmt die Mehrzahl der Particularrechte mit unserer Auffassung überein, daß wenn

> Zustände oder Voraussetzungen vorhanden sind, welche an die die Zurechnungsfähigkeit ausschliessenden angrenzen, ohne daß die Fähigkeit der Selbstbestimmung durch dieselben gänzlich ausgeschlossen erscheint, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ist,

d. h. daß des getrübten Erkenntnisvermögens wegen auf mildere Strafe zu erkennen ist. So Sachsen Art. 88. Ganz ähnlich der Bair. Entw. Art. 83 u. 84:

> Hat sich der Thäter bei Verübung der That in einem Zustande von Geistesschwäche oder von Verwirrung der Sinne oder des Verstandes befunden, wodurch das Bewusstsein der Strafbarkeit seiner Handlung zwar nicht gänzlich aufgehoben aber doch in erheblichem Grade getrübt war, so sind die Gerichte ermächtigt eine geringere als die ordentliche gesetzliche Strafe zu verhängen.

Diesen neuesten Satzungen entsprechen

Str. G. B. f. d. Königr. Württemberg Art. 110 1;
Crim. G. B. f. Braunschweig § 60;
Str. G. B. f. d. Gr. H. Hessen Art. 114;
Str. G. B. f. Baden § 153;
Str. G. B. f. Thüringen Art. 58, 59;
Crim. G. B. f. Königr. Hannover Art. 34 1, 5, 6;
Str. G. f. Oesterreich § 46 a, d.

Das Bairische Strafgesetzbuch Art. 98—103 und das Olden- § 26.
burgische Art. 105—110 erwähnen von diesen Milderungsgründen ausdrücklich nur des Alters des Thäters. Das Preussische Recht schweigt hierüber, womit aber nach der Construction des neuen Strafgesetzbuchs keineswegs gesagt ist, daß solche Milderungsgründe innerhalb der Schranken binnen welcher überhaupt dem Richter ein Strafmilderungsrecht zusteht, keine Beachtung finden dürften. Von einer beschränkten Zurechnungsfähigkeit in dem Sinne, daß dieselbe nur für gewisse Klassen von Verbrechen anzunehmen, sprechen die Gesetze nicht.

---

§ 27.

Dolus nach gemeinem Recht.

Entsprechend der Zurechnungsfähigkeit, die sie voraussetzen, § 27.
verlangen die Quellen des gemeinen Rechts übereinstimmend zur Verübung eines Verbrechens daß das thätige Subject wirklich Gebrauch gemacht habe von den Kräften, die in den Begriff jener Fähigkeit fallen. Darüber aber, welcher Gebrauch überhaupt dies sein müsse, ob es verschiedene Arten desselben gebe, die dann auch zu verschiedener Beurtheilung der verbrecherischen That führen müssen, lassen sich die Quellen nicht ebenso bestimmt und gleichmäßig aus.

Das Römische Recht legt durchgehends so großen Nachdruck auf die Bedeutung des innern Thatbestands, daß es fast überflüssig ist wieder an die Aussprüche: „in maleficiis voluntas spectatur," „voluntatem sceleris jura puniri voluerunt" zu erinnern. Die Hauptfrage: was ist unter dieser „voluntas" zu verstehen? daneben: haben die Römer bei allen Vergehn stets das Dasein der voluntas erfordert?

§ 27. fr. 5 § 2 de poenis 48, 19: refert et in majoribus delictis consulto aliquid admittatur an casu. et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam justam eligere debet aut temperamentum admittere. (Ulpianus l. VII de off. procons — cf. Coll. I 11).

Damit sind zwei Arten der Schuld anerkannt; die niedere mit dem Ausdruck „casus" bezeichnet zu sehn fällt nicht auf, wenn man an anderer Stelle gelesen hat: „casu id est negligentia (fr. 9 de incendio 47, 9), und die ähnliche Benutzung von „fortuito" kennt:

fr. 2 de term. moto 47, 21: ... quodsi per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere.

fr. 28 § 12 de poenis: ... fortuita incendia cum vitari possent per negligentiam orta sunt.

Denselben beiden Schuldstufen, auf welche diese Stellen weisen, begegnen wir auch im fr. 12 de custodia reor. 48, 3:

... D. Hadrianus rescripsit quoties custodia militibus evaserit exquiri oportere utrum *nimia negligentia* militum evaserit an *casu*, ... et ita demum afficiendos supplicio milites quibus custodiae evaserint, si *culpa* eorum *nimia* deprehendatur, alioquin *pro modo culpae* in eos statuendum.

idem princeps rescripsit in eum qui custodiam *dimisit aut ita sciens habuit* ut possit custodia evadere animadvertendum, si tamen *per vinum aut desidiam* custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dare, si vero *fortuito* amiserit nihil in eum statuendum. (cf. fr. 8, 14 § 2 eod.)

Sprachlich ist hiebei zu bemerken daß durch „casu" im ersten Theil der Stelle immer noch eine culpa, die nur den Gegensatz zur

„culpa *nimia*" „nimia negligentia" bildet, bezeichnet wird, wo- § 27.
gegen „fortuito" in der zweiten Hälfte gebraucht wird wo keinerlei culpa vorliegt.

Statt der Zweitheilung wird uns einmal auch eine Dreitheilung geboten, von Marcian:

> fr. 11 § 2 de poenis: delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu: proposito delinquunt latrones qui factionem habent; impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur; casu vero cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.

Da diese Trichotomie sonst nicht wieder kehrt, scheint sie den nicht seltenen Versuchen der Römischen Jurisprudenz, im Hinblick auf einen einzelnen Fall zu systematisiren, zugezählt werden zu müssen; die Römer selber scheinen von solchen Versuchen meist ebenso rasch wieder abgegangen zu sein, wie sie sie leichtfertig unternahmen. Noch weniger sichern Anhalt giebt derselbe Marcian im fr. 11 de incendio:

> si fortuito incendium factum sit venia indiget, nisi tam lata culpa fuit ut luxuria aut dolo sit proxima.

Zum Ueberfluss steht hier nicht einmal die Lesart: „luxuria" oder „luxuriae" fest. Bei „luxuriae" wäre luxuria nur ein andrer Name für dolus; und lesen wir „luxuria", so erfahren wir auch nur daß der Jurist einmal eine Nachlässigkeit, so groß daß sie Strafe rechtfertigt, mit dem Namen luxuria bezeichnet. Das durch luxuria bewirkte incendium ist immer noch ein „incendium fortuito factum", und wissen wir nun aus andern Stellen (fr. 9 eod. fr. 28 § 12 de poenis) daß „fortuita incendia per negligentiam orta" „levius" und „modice" geahndet werden sollten, so scheint die luxuria von der negligentia gar nicht scharf unterschieden werden zu können. Aber der Jurist bezeichnet doch die luxuria als eine culpa dolo proxima? Auch dies hilft uns nicht

§ 27. weiter: pupillus pubertati proximus ist ein körperlich Unreifer, der mit dem Reifen das gemein hat, daß er als doli capax erscheint; ähnlich ist culpa dolo proxima eine Schuld die gewisse Wirkungen mit dem dolus gemein hat, hier daß sie die Bestrafung rechtfertigt.

Soviel aber scheint doch gewis zu sein, daß zwei Schuldstufen dem Römischen Recht bekannt gewesen sind. Die höhere führt gewöhnlich, so oft sie übrigens auch anders bezeichnet wird, den Namen „dolus“ „d. malus“. Uns interessirt zunächst die Voraussetzungen und damit die Grenzen dieses d. malus zu finden. Ob wir zu einem völlig befriedigenden Resultat gelangen können? d. h. ob scharfe Grenzen für diesen Begriff im Römischen Recht ausgebildet sind? Bekanntlich wachsen längere Zeit die einzelnen Verbrechensbegriffe im Römischen Recht neben einander hin ohne enge Verknüpfung; nicht blos die äusseren sondern auch die inneren Voraussetzungen sind verschieden nach den einzelnen Strafgesetzen. Erst spät kann sich eine gemeinsame Theorie bilden: hat sie sich wirklich gebildet? wie weit ist sie endlich, gefördert durch die Sammlungsgesetzgebung, in ihrer Arbeit gediehn? Die genaue Beantwortung dieser Fragen setzt ein Eindringen in die Details und den ganzen Zusammenhang der Römischen Strafrechtsentwicklung voraus, so tief wie irgend die vorhandenen Quellenzeugnisse dies gestatten. Leider hat in neuerer Zeit niemand hieran sich versuchen mögen. Für uns hat die Betrachtung des Römischen Rechts an sich keinen Werth, wir beachten es nur insoweit es Quelle des gemeinen Deutschen Rechts geworden ist; so beschränken wir uns auf eine Zusammenstellung der Sätze des Justinianischen Rechts, die den gemeinrechtlichen Juristen maßgebend erscheinen mochten.

Nach unserm Standpunkt gestaltet sich die Frage auf die wir Antwort suchen also: erfordert der Römische dolus überall eine auf den Erfolg des Verbrechens gerichtete Absicht, oder genügt

zum dolus nach Umständen das bloße Vorhersehn dieses Erfolgs? § 27.
Manche Stellen, wo der dolus durch Ausdrücke wie sciens prudens charakterisirt wird, scheinen dafür zu sprechen, daß schon das Vorhersehn des Erfolgs, auch ohne die auf denselben gerichtete Absicht, den Bestand des dolus ausmachen konnte. Daß solche Ausdrücke seit ältester Zeit im Gebrauch waren zeigt die angebliche lex Numae bei Paulus Diaconus v. parrici quaestores:

si qui hominem liberum dolo sciens morti duit

Aus der Justinianischen Sammlung lauten ähnlich unter anderm:

fr. 9 de incendio: . . . si modo sciens prudensque id commiserit.

fr. 3 de l. Fav. de plag. 48, 15: si sciens dolo malo hoc fecerit.

fr. 12 ad l. Jul. de adult. 48, 5: ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo.

fr. 3 ad l. Jul. maj. 48, 4: qui privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit.

fr. 9 § 3 de l. Corn. de fals. 48, 10: qui quid aliud quam in testamento sciens dolo malo falsum signaverit.

fr. 1 ad l. Jul. pec. 48, 13: . . . neve quo quid indatur immisceatur faciat sciens dolo malo quo id pejus fiat.

Auf dieselbe Linie hiemit stellt sich ein Ausspruch der dem dolo malo handelnden den „ignarus" gegenüber setzt:

fr. 3 § 3 de incendio: sed enim additum est „dolo malo" quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim si ignarus recipit, aut quid si ad hoc recipit ut custodiret.

Die lex Pompeja de parricidiis wird von den Römischen Juristen (Marcian und Ulpian im fr. 6 de l. Pomp. 48, 9) so

§ 27. ausgelegt, daß die „conscii“ mit gleicher Strafe zu belegen sind wie die Thäter:

etiam conscios eadem poena afficiendos, non solum parricidas; proinde conscii etiam extranei eadem poena afficiendi sunt.

Conscii aber sind zweifellos auch die, welche einfach um das Vorhaben des Mordes wissen ohne die Ausführung zu beabsichtigen; es scheint also auch hiernach daß die Juristen schon ein solches Vorwissen als voll strafbar angenommen haben. Und sehn wir nochmals auf das obencitirte fr. 12 pr. de cust. reor. zurück, so scheint das dem „dimisit“ zur Seite gestellte „ita sciens habuit ut possit custodia evadere“ das Voraussehn ebenso gut wie das Beabsichtigen in den Bereich des dolus zu ziehn. Endlich ein allgemeiner Satz, der scheinbar die Frage in unserem Sinne erledigt:

fr. 223 de V. S. 50, 4: latae culpae finis est *non intelligere* id quod omnes intelligunt. cf. fr. 31 ad l. Aq. 9, 2.

Danach möchte es nahe liegen anzunehmen, daß überall wo ein „intelligere“ „einsehn“ „vorauserkennen“ platz greife, die culpa weiche und dolus vorhanden sei.

So richtig an sich diese Folgerung scheint, möchte ich doch nicht gar so viel darauf geben, weil es überall gefährlich ist auf die allgemeinen Sentenzen der Römischen Juristen zu bauen. Ueberhaupt halte ich die ganze Beweisführung nicht für eine genügende. Aber auch von der andern Seite dürfte nicht zu erweisen sein, daß der dolus der Römer stets ein beabsichtigen des Erfolgs in unserem Sinne vorausgesetzt habe.

Auch hiefür ist allerlei zu sagen. Sehr häufig wird bei Darstellung einzelner Verbrechen des animus gedacht, der sich auf den im Verbrechen liegenden oder über dasselbe noch hinausgreifenden Erfolg richtet:

animus lucrandi — fr. 44 § 1 de furtis 47, 2; § 27.
animus injuriae faciendae — fr. 26 de inj. 47, 10;
animus fraudandi — fr. 25 § 2 de furtis;
animus furandi — fr. 33, fr. 43 § 5 eod.
animus occidendi — fr. 1 ad l. Corn. de sic. 48, 8; c. 1 eod. 9, 16;
hostilis animus adversus rem publicam — fr. 11 ad l. Jul. maj. 48, 4.

Nicht minder zweifellos sind andre Ausdrücke:

ob inimicitias vel praedae causa — fr. 28 § 12 de poenis 48, 19;
hominis occidendi, necandi causa — fr. 1 pr. § 1, fr. 3 § 2 ad l. Corn. de sic.
furti faciendi causa — fr. 1 pr. eod.
intercipiendi causa, lucri faciendi gratia dolo malo — fr. 1 § 2 § 3, fr. 50 § 2 de furtis.

Würde das Requisit der Absicht nur beim furtum injuria und ähnlichen Verbrechen hervorgehoben, so könnten wir meinen das Römische Recht stehe im schönsten Einklange gerade mit unserer Theorie; mit besonderem Nachdruck aber wird der Absicht auch bei der lex Cornelia de sicariis et veneficis gedacht, und dem Gebiet dieses Gesetzes fallen vornehmlich Verbrechen zu, bei denen wir die Absicht als unentbehrliches Element des Dolus leugnen. „D. Hadrianus rescripsit eum qui hominem occidit *si non occidendi animo* hoc admisit absolvi posse". Entsprechend

c. 1 ad l. Corn. de sic. (Antonini): frater vester melius fecerit si se praesidi provinciae obtulerit; cui si probaverit *non occidendi animo* hominem a se percussum esse, *remissa homicidii poena* secundum disciplinam militarem sententiam proferet. crimen enim contrahitur si et *voluntas nocendi* intercedat. ceterum quae ex improviso

§ 27. casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque non noxae imputantur.

Bedeutungslos für unsere Frage, obwol es das Nichtbestehn des Dolus trotz vorhandenem Vorwissen zu bezeugen scheint, ist fr. 3 § 22 de S. C. Silaniano 29, 5 von Ulpian:

et si sciens non tamen dolo aperuit, aeque *non tenebitur*, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit.

Im praetorischen Edict war verordnet ,,ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendum'' testamentum ,,curet priusquam de ea familia quaestio ex senatus consulto habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit'', (§ 18 des cit. Fragments). Den Ausdruck ,,sciens dolo malo'' analysirt Ulpian. Als nicht ,,sciens'' verfällt ,,qui ignorans occisum aperuerit'' nicht dem Edict. Aber auch wer ,,sciens aperuit'' kann noch ,,dolo carere'', wenn er nämlich die gesetzlichen Bestimmungen nicht kennt und ihm seiner persönlichen Beschaffenheit wegen solcher Rechtsirrthum verziehn wird. Ueber das Verhältnis des Vorwissens und der Absicht zum „Dolus" ist hieraus nichts zu lernen.

Das Resultat zu dem ich nach all diesem gelange: daß ich den Dolus des Römisch-Justinianischen Rechts in einen festen Begriff nicht zu fassen weiss. Liegt nun hiebei nicht die Schuld an mir, was ich darum einstweilen nicht annehmen mag, weil dasselbe bisher auch andern nicht gelungen ist, wenngleich sie die Erfolglosigkeit ihrer Bemühungen nicht immer ebenso offen aussprechen mochten, so muss der Römische Dolus auch des Justinianischen Rechts entweder kein einheitlicher oder er muss doch kein fest abgeschlossener Begriff gewesen sein. Dies letzte ist das wahrscheinlichere, dabei aber anzuerkennen wie die Abschliessung des Begriffs sehr erheblich dadurch erschwert worden ist, daß lange Zeit hindurch bei verschiedenen Verbrechen auch verschiedenes Maß

der Schuld erfordert wurde um die Anwendung der Strafe oder § 27.
der vollen Strafe zu rechtfertigen. Dafür aber, daß die Römer zu keiner Zeit zu scharfer Abgrenzung des Dolusbegriffs gelangt sind, noch folgendes.

Ist ein fester Begriff des Dolus gewonnen, und hat man erkannt wie die Schuld die Strafe bedingt, so kann man nicht Fälle, wo die Schuld in das Gebiet des Dolus fällt, und andere, wo sie dasselbe nicht erreicht, gleich behandeln wollen. Dennoch sagt Ulpian fr. 1 § 2 si is qui test. 47, 4:

> culpa negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat.

Aehnlich Marcianus in dem schon vorherberührten fr. 11 de incendio 47, 9. Freilich ist diese Gleichstellung von dolus und culpa lata was ihre Wirksamkeit anlangt nur in Beziehung auf einzelne Verbrechensarten ausgesprochen, und Paulus sagt in Bezug auf eine andre im fr. 7 ad l. Corn. de sic:

> nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.

Aber auch hier schimmert durch, daß dies Nichtgleichwirkenlassen von dolus und culpa lata eine Eigenthümlichkeit dieser lex sei, während man sonst die Wirksamkeit beider Schuldstufen nicht ebenso zu unterscheiden gewohnt war. Wo man aber dolus und culpa lata gleich wirken läßt, da fehlt das Interesse beide scharf abzugrenzen, während umgekehrt wo es gelungen ist beide sicher zu sondern, man meist sehr geneigt sein wird diesem Unterschied auch praktische Folgen beizulegen. Möchte es übrigens scheinen als ob eine scharfe Begrenzung des Dolus wenigstens für die Verbrechen der lex Cornelia durchgeführt wäre, so ist es doch schon nach den angezogenen Stellen gewis, daß dieser abgeschlossene Dolusbegriff im Justinianischen Recht nicht zur Alleinherrschaft gelangt ist.

Auch das schon mehrfach berührte fr. 12 de cust. reor. zeigt daß die Römer von wenig festen Principien bei Abgrenzung der

§ 27. Schuldstufen auszugehn pflegten: „et ita demum afficiendos supplicio milites, si *culpa eorum nimia* deprehendatur, alioquin *pro modo culpae* in eos statuendum". Wo soll man die Grenze der „culpa nimia" anderer „culpa" gegenüber finden? Auch wenn man das folgende „si per vinum aut desidiam custodis id evenerit" zu Hülfe nimmt, ergibt sich kein gewisses Resultat. Im fr. 14 § 2 eod. stellt Modestin eine andere Unterscheidung der Schuldstufen auf, die noch mehr gegen die Abgeschlossenheit des Dolus zeugt. Dem „fraudulenter versari in dimittenda custodia", das capite gestraft werden soll, setzt er nicht etwa eine entschuldbare Nachlässigkeit, sondern den Fall als einen mit der mutatio militiae genügend zu ahndenden gegenüber, wo „miseratione custodiam quis miserit", wo also die auf den verbrecherischen Erfolg gerichtete Absicht zweifellos vorhanden ist, zugleich aber ein nicht unedles Motiv zum Vorschein kommt. Der letzte Satz des Paragraphen „interdum venia datur, nam cum et c." zeigt überdies, daß der Jurist eines Princips für die Fälle, wo das Entweichenlassen der Gefangenen straflos ausgeht, sich nicht bewusst ist. Eine ähnliche Unsicherheit drückt sich auch in der gleichfalls schon hier angezogenen c. 1 ad l. Corn. de sicariis von Antoninus aus:

> ceterum ea quae ex improviso casu *potius* quam fraude accidunt, fato *plerumque* non noxae imputantur.

Aehnlich wie bei der versäumten custodia reorum wiegen auch bei dem strafbaren Selbstmordsversuch die Motive sehr schwer:

> fr. 38 § 12 de poenis 48 19 (Pauli), miles qui sibi manus intulit nec factum peregit, *nisi impatientia doloris aut morbi luctusve alicujus vel alia causa fecerit*, capite puniendus est, alias cum ignominia mittendus est. (cf. fr. 3 § 6 de bon. eor. 48, 21 Marciani).

Die Worte „vel alia causa fecerit", denen Marcians „si sine

causa manus sibi intulit" entspricht, drücken auch kein klares Grenzbewusstsein aus. Noch deutlicher aber tritt die Unklarheit in der andern berührten Stelle Marcians fr. 11 § 2 de poenis hervor. Eine Definition der unterschiedenen Schuldarten im abstracten Sinne versucht der Jurist nicht, und die concreten Beispiele, die er statt dessen uns bietet, liegen soweit auseinander und haben je soviel besonderliches, daß es gar nicht möglich erscheint aus ihnen eine allgemeine Regel herauszufinden. § 27.

Mag ein guter Theil der Schuld auf Rechnung des allgemein Römischen Ungeschicks, mit Abstractionen umzugehn und in systematische Ordnung sich zu finden, gesetzt werden müssen, wenn einer der tüchtigsten Juristen aus der Blüthezeit der classischen Jurisprudenz über die Unterscheidung der Schuldstufen nichts besseres zu geben weiss, so kann es den Römern nicht blos an der bequemen Ausdrucksform für übrigens vollkommen entwickelte Begriffe gefehlt haben, sondern wir müssen annehmen daß bei ihnen die Begriffe selber nicht recht zur Reife gediehen waren. Den nächsten Grund hiervon sehn wir darin, daß im Römischen Strafrecht das Bedürfnis jene Begriffe zu abschliessender Entwicklung zu bringen nicht praktisch empfunden worden ist; und dies wieder erklärt sich daraus, daß so oft auch die Sätze ausgesprochen worden, daß die voluntas für die Beurtheilung des Verbrechens maßgebend sei, und pro modo culpae gestraft werden müsse, dieselben doch in Rom keineswegs consequent durchgeführt sind, indem man häufig vorzog die Strafe nach ganz andern Umständen zu bestimmen als nach der Höhe der Schuld:

> fr. 28 § 15 de poenis 48, 19: famosos latrones in his locis ubi grassati sunt furca figendos *compluribus placuit*, ut et *conspectu deterreantur alii* ab iisdem facinoribus, et *solatio sit cognatis et affinibus interemptorum* eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent.

§ 27. Mir scheint es geradezu unmöglich, daß, wo so rohe strafrechtliche Anschauungen noch praktisch sich geltend machen, die Begriffe der verschiedenen Schuldarten genügend auseinandergezogen werden können. Daß nach der Zeit des Callistratus keine erhebliche Besserung eingetreten ist, braucht wol kaum bewiesen zu werden, ist doch jener Ausspruch in die neueste Rechtssammlung aufgenommen worden. Ueberdies erinnere ich daran daß in der Christlichen Kaiserzeit fortwährend auch die Kinder von Verbrechern, von solchen wenigstens die Hochverraths schuldig, mit zur Strafe herangezogen wurden, und zwar so grausam „ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium“.

Noch weniger als aus dem Römischen dürfte aus dem Canonischen Recht eine feste Definition des Dolus zu entnehmen sein, soviel richtiges im einzelnen auch dort gesagt wird. Allgemein äussert sich Gregor IX. c. 54 X de sent. excomm. 5, 39:

> voluntate ac proposito crimina distinguuntur

was aus fr. 53 pr. de furtis 47, 2 übernommen scheint. Schon früher war anerkannt daß ohne Schuld keine Strafe gerechtfertigt sei, und daß die Schuld aus dem Willen fließe:

> C. 15 q. 1 c. 11: nec is qui invitus aliquod fecerit homicidium extra ministerium est.
>
> c. 10 ... nemo tenetur ad culpam nisi voluntate propria deflexerit, voluntaria tantum commissa sequitur delictorum invidia.

Dieselben Gedanken, aber in eigenthümlicher Gestaltung weiter ausgeführt, begegnen uns auch in dem schon bei der Zurechnungsfähigkeit berührten c. 1 derselben Quaestion:

> merito quaeritur quae sunt ipsa peccata nolentium, utrum quae a nescientibus committuntur, an etiam possit recte dici peccatum esse volentis quae facere compellitur; nam et hoc contra voluntatem facere dici solet.

Der Vorschrift daß das im Wahnsinn Verübte zur wenn auch mil- § 27.
deren Bestrafung des Genesenen führen kann, entspricht daß wer den schädlichen Erfolg in keiner Weise vorausgesehn vor äusserer Ahndung doch nicht sicher ist:

C. 15 q. 1 c. 13: si quis non iratus sed propter disciplinam palmam alicui dederit et eventu occiderit, sicut fieri solet, quantum ad gratiam innocens est quia voluntatem non opus requirit, quantum autem ad legem reus est, quia opera requirit.

Dagegen finden sich in andern Stellen bestimmte Hinweisungen auf das Requisit der Absicht, C. 23 q. 8 c. 32, c. 1, c. 5 X de homicidio 5, 12. Minder bestimmt ist c. 6 eod.:

illi autem qui animo occidendi feriendi aut capiendi illum sanctum et reverendum virum, quondam Cantuariensem archiepiscopum, citra manuum injectionem se fatentur venisse, si de illa captione mors ejus secuta fuisset, pari poenitentia vel fere pari poenitentia exsisterent puniendi.

Diese etwa zulässigen kleinen Abstufungen der Poenitenz aber dürften hier nicht nach der Verschiedenheit der Absicht, ob sie „animo occidendi" oder „feriendi" oder „capiendi" als vielmehr nach den in dem vorhergehenden Theil der Stelle aufgeführten Verschiedenheiten der „aetas scientia sexus atque condicio in delinquentibus" zu bemessen sein. Die Stelle geht dann fort:

illi etiam qui non ut ferirent, sed ut percussoribus opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur *paulo minori* debent poena multari; quia cum scriptum sit: „qui potuit hominem liberare a morte et non liberavit, eum occidit", constat ab homicidii reatu immunes non esse, qui occisoribus opem contra alios praestare venerunt. nec

§ 27. caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare.

Daß im Canonischen Recht kein fester und dominirender Begriff des Dolus sich entwickelt hat, dürfte aus den citirten Capiteln genugsam erhellen. Auch Kaiser Karls V. Peinliche Gerichtsordnung ist in dieser Richtung nicht weiter vorgedrungen. Wie das Römische und Canonische Recht verleugnet sie die Bedeutung der Schuld nicht, erkennt sie aber auch nicht im vollen Maße an und vermag nicht den Begriff der Schuld genau zu definiren. Der wichtigste Artikel für die Unterscheidung von dolus und culpa, Art. 146 der P. G. O., ist eine Nachbildung von Römischen Satzungen, dessen Schluss übrigens nicht klingt als ob die Verfasser der Gerichtsordnung selber geglaubt hätten hiemit eine zweifellose allen kennbare Grenzlinie gezogen zu haben:

> Jedoch haben dise fell zu zeit en gar subtil unterschiedt, die dem gemeynen mann so an dem peinlichen gerichten sitzen verstendig oder begrifflich nit zu machen sein, hierumb sollen die urtheyler in disen obgemelten fellen allen angezeygter erklerung halb, der vorgemelter verstendiger leut radt nit verachten sonder gebrauchen.

Denn man verzichtet nicht leicht darauf, andern begreiflich zu machen was man selber begriffen und klar durchschaut zu haben vermeint. — Art. 137 stellt den Unterschied von Mord und Todschlag wieder her, für die Umgrenzung des Dolus ist auch aus ihm nicht viel zu entnehmen. Im übrigen werden Ausdrücke wie „fürsetzlich“ „arglistiglich“ „williglich“ „boshaftig“ „geverlich“ „betrüglich“ häufig gebraucht, es bleibt kein Zweifel daß die Carolina die Berücksichtigung des innern Thatbestandes fordert, aber genaue unverkennbare Angaben darüber, wie derselbe beschaffen sein müsse, enthält sie nicht, und konnte sie auch füglich nicht enthalten.

Was wir schon in Beziehung auf das Römische Recht bemerkt § 27.
haben, das macht sich ähnlich auch für die P. G. O. des Deutschen Reichs geltend. Ihr fehlt das praktische Bedürfnis des völlig scharf ausgeprägten Dolusbegriffs. Sie will

> die straff ordnen nach gelegenheyt und ergernus der übelthat, aus lieb der gerechtigkeyt und umb gemeynes nutz willen;

wo Verbrechen gar zu häufig begangen werden, da und auch sonst wo es an Gründen nicht fehlt, soll „umb größer forcht willen" die Strafe verschärft werden. So lange man aber glaubt bei Beurtheilung und Bestrafung eines Verbrechens nach Umständen auf die äusseren Beziehungen desselben mehr als auf die Schuld des Thäters sehn zu müssen, wird man das rechte Maß für diese Schuld vergebens suchen.

Für die Carolina wurde die Lösung der Aufgabe noch durch die von ihr angenommene Beweistheorie erschwert. Praesumptionen der Schuld und die Anwendung der Folter schliessen die Beachtung aller feineren dem Dolus eigenthümlichen Momente aus. Beispielsweise Art. 131:

> Doch so eyn weibsbild eyn lebendig glidtmessig kindlein also heymlich tregt, auch mit willen alleyn und on hilff anderer weiber gebürt, welche on hilfliche geburt mit tödtlicher verdechtlicheyt geschehen muss, So ist desshalb kein glaublichere ursach denn dass die selbig mutter durch boshaftigen fürsatz vermeynt, mit tödtung des unschuldigen kindleins daran sie vor im oder nach der geburt schuldig wirt, jre geübte leichtfertigkeyt verborgen zu halten, Darumb wann eyn solche mörderin auff gedachter jrer angemasten unbeweisten frevenlichen entschuldigung bestehn bleiben wolt, so soll man sie auf obgemelte gnugsame antzeygung bestimpts unchristlichen und unmenschlichen erfunden übels und mordts halber

§ 27. mit peinlicher ernstlicher frag zu bekenntnus der warheyt zwingen.

Es hat also eine Dirne heimlich geboren, und das Kind ist gestorben, vielleicht durch Fahrlässigkeit, vielleicht ohne alle Schuld der Mutter. Dann ist diese nach den Worten des Gesetzes eine „Mörderin"; will sie sich entschuldigen und der Beweis gelingt ihr nicht gleich, so wird sie auf die Folter gespannt, und aus ihr herauserzwungen was das Gesetz als „Wahrheit" praesumirt. Hält der Richter hiebei überhaupt es der Mühe für werth auch betreffs des innern Thatbestands zu fragen, so ist es ihm natürlich ein leichtes das Bekenntnis so vieler Schuld aus der Inquisitin zu pressen wie das Gesetz ihm zur Anwendung der regelmäßigen Strafe zu erfordern scheint. Uebrigens dürfte man meist bei der Ermittlung des innern Thatbestands sich die kürzeste Zeit aufgehalten haben; vergl. Art. 48:

bekennt er eyns mordts, man soll jn fragen aus was ursachen er die that gethan, auff welchen tag und stundt, auch an welchem endt, ob jm jemandts und wer jm darzu geholffen, auch wo er den todten hin vergraben oder gethan, mit was waffen solcher mordt beschehen sei, wie und was er dem todten für schlege oder wunden geben oder gehawen, oder sunsten umbbracht habe, was der ermordt bei jm gehabt von gelt oder anderm, und was er jm genommen u. s. w.

Was uns als das Wichtigste erscheint, danach wird am wenigsten gefragt; freilich aber erscheint es auch geradezu unmöglich durch Anwendung der Folter ein objectiv treues Bild der Schuld herzustellen, indem anzunehmen ist, daß wo überhaupt diese Anwendung nicht ohne Erfolg blieb, sie nur dahin führen konnte das Bild zu reproduciren, das der Inquirent von vornherein sich von der Schuld gemacht hatte.

Die aus dem vorstehenden sich ergebenden Resultate, hinsichts

der Bedeutung von Quellenaussprüchen über Dolus Culpa § 27.
und überhaupt die geistigen Voraussetzungen der Verbrechen, sind von den Deutschen Criminalisten längst durch die That anerkannt worden. Viel ist geredet und geschrieben über die verschiedenen Momente der Schuld, manche Theorie ist aufgetreten ohne für quellengemäß sich auszugeben, und abgetreten ohne aus den Quellen widerlegt zu sein. Fast alle neueren Juristen die bei diesen Controversen sich betheiligt haben, suchten ihre Meinung eher auf die Natur der Sache oder sonst allgemeine Grundlagen, als auf die Quellen zu bauen. Selbst Feuerbach, so sehr er sonst an die Quellen sich zu halten bestrebt ist, unternimmt nicht seine Lehre von dolus determinatus, d. indeterminatus, culpa dolo determinata u. s. w. aus den Quellen zu entwickeln, oder die Unhaltbarkeit des dolus indirectus aus dem Römischen Recht und der Peinlichen Gerichtsordnung nachzuweisen. Aehnlich die Menge der Uebrigen. Versuche die bisweilen angestellt sind in einzelne Quellenzeugnisse tiefer einzudringen und Aufklärung aus ihnen uns zu holen, haben entweder zu Irrthümern, wie z. B. zu der Annahme luxuria im fr. 11 de incendio bezeichne eine besondere feste Schuldstufe, oder zu gar nichts geführt. Daß die Quellen nach dem Geist der sie durchweht Antwort auf die Fragen welche uns beschäftigen nicht geben können, ist nicht immer genügend gewürdigt worden.

Wir dürfen aber auch auf der andern Seite nicht zu weit gehn; die Fragen die uns vorliegen sind doch nicht erst gestern und heute gestellt. Schon die Italienischen Juristen die Römisches und Canonisches Recht gepflegt und die Anwendung auf das Leben zuerst vermittelt haben, suchen das Wesen des Dolus näher zu bestimmen. In Deutschland thut man ein gleiches sobald das wissenschaftliche Interesse für das Strafrecht erwacht ist. Die Ergebnisse dieser Bemühungen sind dem Fortschritt der Zeiten ent-

§ 27. sprechend: roh zuerst, damals wo auch besseres nicht besser zu benutzen gewesen wäre. Mit der Entwicklung der Strafrechtspflege reinigen sich auch die wissenschaftlichen Anschauungen, allmälich schreiten wir vor, klarer jeder einzelne über die Irrthümer der Vorgänger als über die eigenen Versehen.

Für die ältre Praxis und Doctrin, soweit beide die Abgrenzung des Dolus behandeln, ist keine einzelne Ausführung so lehrreich wie die von Carpzow, Practica nova r. crim. p. 1. q. 1. de poena homicidii. Die poena ordinaria gladii soll nicht auf den Fall beschränkt werden wo der Thäter die Tödtung beabsichtigt hat, der Begriff des Dolus ist ein weiterer als der der Absicht, und wird in diesem weiteren Umfange von Carpzow begrenzt:

> § 13 — non enim crimen homicidii unius generis est, sed aliud dolosum aliud culposum aliud casuale aliud necessarium.

Uns interessirt zunächst die Unterscheidung des dolosum vom culposum.

> § 15 ab initio non dubitandum est pro homicidio simplici doloso quod in rixa committitur *ex voluntate et animo occidendi*, constitutam esse poenam ordinariam gladii. quid autem *si animus occidendi desit?* veluti si quis gladio vel ligno vel alio simili instrumento Sempronium percusserit *pravo animo*, *volens ei injuriam irrogare* ejusque faciem cicatrice signare *non occidere*, nec tamen potuit manum ita temperare quin graviter percusserit, ex eaque percussione *praeter intentionem vulnerantis mors fuerit secuta.* anne delinquens poena mortis sive gladii puniri debeat? quaestio valde dubia est.

Für die mildere Ansicht „poena mitiori extraordinaria et arbitraria reum esse puniendum“ sieben Gründe:

> 1) . . . lata culpa quoad poenam mortis dolo non aequi-

paratur . . . . is autem qui praeter intentionem aliquem § 27.
occidit, non habens animum occidendi culpa magis quam dolo occidere videtur.

2) certum est quod in delictis attendatur et animus et voluntas non autem exitus . . . .

3—5) Quellenzeugnisse.

6) neque ab hac opinione discrepat Jus Divinum — Bibelstellen.

7) denique huic sententiae adstipulantur Dd. communiter, statuentes homicidii poena ordinaria neminem afficiendum esse nisi homicidium occidendi animo et dolose commissum fuerit: Jul. Clar. Jac. Ayrer Petr. a Plach. Belvis. Farinacius Hartm. Pistorius Decius Marsilius Caepolla Alexander Harpp. Alciatus Mascardus et alii quam plurimi quos Mascardus allegat.

Trotz diesen Gründen tritt Carpzow der andern strengeren Meinung bei, „quod is qui alterum gladio percutit, nolens ipsum occidere, praeter intentionem vero ei vulnus letale infligit ex quo mors sequitur, poena ordinaria aeque puniri debeat ac si habeat animum occidendi". Dafür Anton. Gomez Baldus Salycet. Angelus Aegid. Bossius, Auctores consult. Saxon., Tomingius. Carpzow schliesst sich diesen an:

quod percutiens gladio animo solum vulnerandi aeque in dolo est, et quia scit aut saltem scire debebat certo et destinato modo vulnus praesertim gladio vel simili instrumento ad homicidium perpetrandum apto dari non posse, in effectu negari nequit quin talis habeat animum occidendi.

Dafür acht einzelne Gründe:

1) notum est quod dans operam rei illicitae teneatur de omni eo quod sequitur praeter illius intentionem et vo-

§ 27. luntatem si nimirum causa sit ordinata, et tendat ad subsecutum delictum, ita quod delicti auctor verisimiliter aut cogitavit vel cogitare potuit aut saltem cogitare debebat de eo quod inde facile successurum erat.

quis negabit eum qui percutit gladio hac intentione ut vulneret dare operam rei illicitae, praesertim cum sciat vulnera ad mensuram dari non posse, ex iisque immediate ut plurimum mortem sequi. quo respectu percutiens gladio etiam versatur in dolo in genere. dolose namque agit quod gladio percutit, dolose quoque agit quod vulnerat et sic vulnerando dolose causam mortis praebet in delictis autem puniendis sufficere dolum in genere tradunt Dd. communiter, Baldus Triaquelles Petr. a Plach. et c.

2) voluntarie quoque occidere videtur non solum is qui animum habet occidendi sed et qui vulnerando causam praebet mortis. fertur enim voluntas quandoque in actum homicidii directe et per se, quandoque indirecte et per accidens. directe fertur voluntas in homicidium quando quis animum habet occidendi, et haec est perfecta propriaque homicidii malitia; indirecte autem et per accidens fertur voluntas in homicidium quoties fertur in id ex quo immediate et per se non per accidens homicidium sequitur . . . . unde sequitur duplicem esse voluntatem committendi homicidii: directam et indirectam; illam habet qui occidendi animo aliquem aggreditur, hanc vero qui vulnus infligit ex quo immediate sequitur homicidium.

Hierin haben wir den Kern der Carpzowschen Doctrin, die lange für unser gemeines Recht maßgebend gewesen. Die folgenden fünf Gründe sind von geringerem Interesse.

3—6) Quellenzeugnisse. § 27.

7) convenit quoque haec opinio cum jure divino, Stellen aus der Bibel und theologischen Schriftstellern.

Wichtig ist dann wieder:

8) et sane si aliud diceremus res esset pessimi exempli et infinita homicidia remanerent impunita. quidam enim homicida quo mortis poenam effugeret hac exceptione sese tueri posset, dicens se non habuisse animum occidendi, neque putasse mortem exinde eventuram;

was dem in der Einleitung derselben Quaestion aufgestellten Satze entspricht:

quo igitur homines ab hoc crimine deterreantur in homicidas poena ultimi supplicii sive mortis naturalis est constituta.

Die Ausführungen von Carpzow sind ebenso sehr wegen ihres Einflusses auf die ältere Praxis wie darum interessant, weil in ihnen schon viele der Gedanken kenntlich hervortreten die auch heut zu Tage noch bei der Behandlung dieser Fragen sich geltend zu machen pflegen, und weil ein befriedigendes Ergebnis von Carpzow aus denselben Gründen nicht erreicht wird die auch die neueren Forschungen irre geleitet haben. Die Ausführungen scheinen nicht von gewissen einfachen Grundsätzen allmälich zu den Consequenzen aufzusteigen, im Gegentheil scheint es fast als habe das Resultat zuerst bei Carpzow festgestanden, und nachher sei die angemessene Vertheidigung desselben versucht worden. Dies Resultat aber, daß nicht blos die beabsichtigte Tödtung als homicidium dolosum mit der poena ordinaria homicidii zu belegen sei, dürfte bei Carpzow aus praktischen Erwägungen sich ergeben haben:

„si aliud diceremus res esset pessimi exempli et c.“

Andere sind durch anderes, oft durch minder klar gedachtes bestimmt worden, dürften aber ebenso ihre Arbeit von hinten mit den Resul-

§ 27. taten begonnen haben. Für die innere Rechtfertigung dieser weiteren Ausdehnung und demgemäß für die Umgrenzung des Dolus kommt bei Carpzow vornehmlich zweierlei in betracht. Ein mehr sophistisches Argument, qui sponte vulnerat dolose agit, ergo qui vulnerando causam mortis praebet dolose causam mortis praebet, homicidium dolosum das auf einen dolus in genere zurückzuführen ist. In der den Gründen für die eigene Meinung folgenden Widerlegung der vorher angezogenen sieben Gegengründe wird ausdrücklich gesagt:

2) qui omnino habet animum non delinquendi talis non tenetur de omni eventu et exitu, quia contra ejus voluntatem contigit, et isto casu non veritas actus sed agentis intentio inspicitur; secus autem in eo *qui habet animum delinquendi, sed non tantum quantum postea subsecutum fuit, qualis tenetur de omni exitu et eventu* et sic non voluntas sed veritas attenditur.

Aber diese grund- und beweislose Behauptung genügt doch Carpzow selber nicht, er sucht nach besserer Motivirung der poena ordinaria im fraglichen Falle und findet diese in der Voraussicht des verbrecherischen Erfolgs, die der Thäter bei dem Handeln hat oder doch haben sollte:

§ 56 in periculum mortis tendit ille actus quo quis dolose percutit vel vulnerat, *sciens ex ejusmodi percussione aut vulnere mortem utplurimum sequi;*

völlig entsprechend dem schon oben mitgetheilten:

§ 29 quod sequitur praeter intentionem tendit ad delictum ita quod delicti auctor *aut cogitavit vel cogitare potuit aut saltem cogitare debebat* et c.

Hieraus ergeben sich denn auch die beiden von Carpzow schliesslich vorgetragenen Limitationen seiner Regel:

I, si casus eveniat in quo homicida non potuisset a principio necessario cogitare mortem quae postea secuta fuit; § 27.

II, quando ex percussione dolosa, quae tamen fit absque animo occidendi, homicidium non per se sed per accidens sequitur.

Anzuerkennen ist nicht blos die Sorgfalt mit der überhaupt Carpzow diese Fragen behandelt hat, sondern auch daß manch richtiges Element in seinen Entwicklungen enthalten ist, zu bedauern dagegen daß wo er auf die nöthige Voraussicht bei der Handlung hinweist, er diese Voraussicht nicht schärfer begrenzt „qui cogitavit vel cogitare potuit aut saltem cogitare debebat", und den Satz qui habet delinquendi animum tenetur de omni reatu nicht völlig aufgibt. So wird er zu dem haltlosen Unterschiede gedrängt daß wer animo delinquendi handle für jeden vorgesehenen auch nicht beabsichtigten Erfolg haften müsse, wogegen der, dessen intentio auf die Verübung eines Delicts nicht gegangen, für die ganz ebenso vorgesehenen verbrecherischen Erfolge nicht aufzukommen habe.

Von Carpzow machen wir einen Sprung bis auf Feuerbach; darum zunächst weil die Doluslitteratur, die in diesen Zwischenraum gehört erst kürzlich von Krug (Ueber dolus und culpa, Leipzig 1854) eingehend geschildert ist (vergl. Köstlin Syst. § 59 f., Hälschner Syst. § 32); sodann weil auf die heutigen Particulargesetze mit alleiniger Ausnahme des Oesterreichischen, nur die neuern Schriftsteller betreffs der Fragen die uns hier beschäftigen erheblichen Einfluss geübt haben.

§ 28.

Dolus nach gemeinem Recht. Feuerbach und Neuere.

§ 28. Auf Feuerbachs Constructionen hat die Entwicklung des Dogmas von der Zurechnung in unserm Jahrhundert während längerer Zeit beruht. Zwei Irrthümer, die er zu Grunde legt, berauben ihn von vornherein der Möglichkeit zu haltbaren Resultaten zu gelangen. Das eine Versehen steht in unlösbarem Zusammenhange mit der F.schen Abschreckungstheorie, Theorie der Generalpraevention, nach welcher das Strafgesetz bestimmt ist „das Subject mit diesen Eigenschaften unter diesen Umständen von der That abzuhalten". Nur wo es dem Gesetz möglich war so zu wirken, ist das Subject das dem Gesetze zuwider handelt strafbar. Völlig consequent erfordert Feuerbach

1) Bewusstsein und Kenntnis des Strafgesetzes. Denn wo keine Vorstellung von dem Gesetz, von der Verbindlichkeit die Handlung zu unterlassen, und von der Strafe als Bestimmungsgrund der Unterlassung ist; da ist es auch nicht möglich daß die Drohung, die nur vermittelst der Vorstellung derselben wirksam sein kann, auf das Gemüth Einfluss haben könne.

2) Subsumtion der begangenen That unter das Gesetz. Es ist unmöglich daß die Vorstellung des Strafgesetzes das Begehren der That aufhebe, wenn das Subject nicht weiss daß dieses Begehren unter dem Gesetz enthalten und durch dasselbe bedroht sei.

Nach der angenommenen Theorie war es unvermeidlich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unter die Requisite des Dolus zu bringen.

Aehnlich führt das zweite Versehen eine andre ungebührliche

Einschränkung des Dolusbegriffs herbei. Feuerbach identificirt § 28.
Willen und Begehrungsvermögen, und stellt dieses an den Platz den der wahre Wille, das Handlungsvermögen, einnehmen sollte.

3) Es muss das Factum in dem Begehren des Subjects gegründet, es muss That sein;

d. h. mit unsern Worten, nur der beabsichtigte, kein anderer vorgesehener Erfolg, kann dem Dolus zugerechnet werden. Entsprechend sagt Feuerbach im Lehrbuch § 54 (ältere Ausg. § 53):

> Ein Verbrechen kann in Ansehung der ihm zu Grunde liegenden Willensbestimmung auf doppelte Art begangen werden:
> I. durch dolus (rechtswidrigen Vorsatz), eine Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögens) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens; oder
> II. durch culpa (Fahrlässigkeit), eine gesetzwidrige Bestimmung des Willens zu einer Handlung oder Unterlassung, woraus nach den Gesetzen der Natur ohne die Absicht der Person die Rechtsverletzung entsteht.

Was dem Dolus entzogen wird muss der Culpa zufallen, auf deren Boden hienach die Handlungen, bei denen der rechtsverletzende Erfolg zwar vorhergesehn aber nicht beabsichtigt ist, und die bei welcher er auch beabsichtigt aber nicht als rechtsverletzend erkannt worden, zu stellen sind. Der Culpa wird dann aber wieder ein Theil ihres Gebiets entzogen und einer besonderen Schuldstufe, culpa dolo determinata, zugewiesen, bei der F. selber fragt ob dieselbe geringer als dolus indeterminatus zu strafen sei. Bei dieser culpa d. d. ist der eingetretene Erfolg kein bezweckter also kein doloser, aber ein durch eine auf dolosen nicht erreichten Zweck gerichtete Handlung hervorgerufener, dessen Eintreten der Handelnde als möglich vorgesehn hat oder doch hätte vorhersehn

§ 28. können. Das Feld wirklich doloser Verbrechen wird nach dem angenommenen Erfordernis der Absicht vertheilt zwischen den dolus determinatus und den dolus indeterminatus sive eventualis; jenem fallen alle Vergehn zu wo der eingetretene Erfolg ausschliesslicher Zweck des Handelnden gewesen, diesem „wo die Absicht des Verbrechers auf mehre Rechtsverletzungen einer bestimmten Art oder Gattung alternativ gerichtet war", deren eine eingetreten ist.

Das erstgedachte Versehen, das Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit, und zwar wie die Consequenz der Abschreckungstheorie dies heischt, genaue Kenntnis auch von Art und Maß der gedrohten Strafe, zum Dolus zu erfordern, machte sich Feuerbach selber fühlbar und trieb ihn zu dem trotz den Worten der c. 12 de juris et f. ignor. 1, 18 verzweifelten Auskunftsmittel des § 86:

> daß von jeder mit Verstand begabten Person im allgemeinen als rechtlich gewis anzunehmen, daß sie mit den Strafgesetzen bekannt sei.

Eine ebenso willkürliche Annahme wie die nur in den älteren Ausgaben des Lehrbuchs (§ 60) beibehaltene Praesumption des Dolus. Der zweite Irrthum wird bis auf diesen Tag von der Mehrzahl der criminalistischen Theoretiker wenn nicht voll getheilt, doch auch nicht ganz vermieden.

Die Commentatoren des Feuerbach schen Lehrbuchs sehn wol daß darin die Zurechnungslehre nicht ganz richtig vorgetragen wird, geben selber aber weder vollständiges noch ganz befriedigendes. Mittermaier (N. I zu § 54) sagt richtig daß Feuerbachs Definition des Dolus auf viele Vergehen nicht passt, ist dann aber, wie Morstadt dies zu rügen nicht unterlässt, nicht glücklich in den Beispielen die er gibt. Die Bezeichnung des criminalrechtlichen Dolus die Mittermaier selber a. a. O. billigt:

> Entschluss zur Begehung einer mit Strafe bedrohten Han-

dlung oder strafbaren Unterlassung einer Handlung, mit § 28.
dem Bewusstsein der die Strafbarkeit der Handlung oder Unterlassung begründenden Merkmale, oder

Entschluss zur strafgesetzwidrigen Handlung oder Unterlassung,

ist nicht sowol falsch als unbestimmt und schwerfällig formulirt. Bei dem d. indeterminatus (N. I zu § 59) sollen verschiedene Klassen von Fällen unterschieden werden. Feuerbachs d. ind. umfasse:

I, den s. g. eventuellen Dolus, wo jemand zunächst einen geringeren Erfolg beabsichtigt, darnach auch seine Handlung einrichtet aber in den schlimmeren Erfolg, wenn es nicht anders sein kann einwilligt, insofern der Thäter nur um den Hauptzweck zu erreichen die möglichen schweren Erfolge in seinen Willen aufnimmt;

II, den alternativen Dolus, wo der Handelnde gleichgültig ob der geringere oder schwerere Erfolg eintrete handelt um einen Zweck zu erreichen, z. B. wenn er sich rächen will.

Auch bei der culpa d. d. zieht Mittermaier (N. I zu § 60) die Auflösung in

a) Fall des reinen (eventuellen) Dolus,

b) der reinen Culpa,

c) des Zusammentreffens von Dolus und Culpa

vor.

Selbständiger und bedeutender ist was Morstadt N. I zu § 59 ausführt. Aehnlich wie Mittermaier doch geschickter vertheilt er das Gebiet des dolus indeterminatus unter den d. alternativus und den d. eventualis und rechnet hiebei diesem letzteren auch den Fall zu, wo

ein Räuber, der wissentlich keinen sichern Schuss hat, schiesst nach jemands Beinen um dessen Flucht zu hemmen, auf die

§ 28. bewusste Gefahr hin denselben zu tödten; und tödtet denselben wirklich.

Feuerbach leugnet die Dolosität der in unserem Beispiele vorgefallenen Erschiessung gänzlich ab, und nennt sie eine dolo determinatam culposam weil sie nicht der Zweck des Räubers gewesen sei; er sie also nicht gewollt habe, der Dolus aber in dem Wollen des Verbrechens als eines Zweckes bestehe. Sich einen Erfolg gefallen lassen sei keineswegs identisch mit dem Wollen dieses Erfolgs, d. h. mit dem Hinstreben auf denselben. Allein diese letztere Behauptung scheint mir sophistisch, d. h. nur einseitig wahr. In eine fremde Handlung willigen heisst freilich nicht nach deren Erfolg hinstreben, denn das Streben ist ein actus, nicht bloße voluntas. Aber eine eigene Handlung welche bewusstermaßen ebensogut einen nicht erwünschten ärgern Erfolg haben kann vorsätzlich vollziehn, heisst allerdings auch auf jenen ärgern Erfolg hinstreben, wenngleich mit dem frevelhaft unmächtigen Wunsche, daß Gott statt desselben nur den argen möge eintreten lassen.

Was Morstadt hier ausführt ist an sich richtig, unrecht aber daß er von seiner richtigen Einsicht nur hier gebrauch macht, übrigens den Irrthümern Feuerbachs „applaudirt". Und insofern ist F. auch hier wider M. im Recht als er von freilich falschen aber von Morstadt gebilligten Praemissen aus richtig folgert, während Morstadt seinem an sich richtigen Resultat die nöthige Grundlage nicht zu geben weiss, und nachdem er die Feuerbachschen Grundirrthümer angenommen hat consequent auch zu den entsprechend falschen Folgerungen gelangen müsste. Wer handelt im Bewusstsein des möglichen ärgeren Erfolgs, in dessen Dolus liegt dieser ärgere Erfolg nach Ms. eigenen Worten; doch offenbar

nicht darum, weil er den geringeren nur argen Erfolg beabsichtigt § 28.
und bezweckt, sondern trotzdem er den ärgeren Erfolg nicht bezweckt, weil er ihn vorgesehn bei der Handlung und durch die Handlung bewusst gethan hat was geeignet ist den Erfolg herbeizuziehn, in diesem Sinn auch nach dem Erfolge „hingestrebt" hat. Also dies Hinstreben, das im Handeln mit Bewusstsein des Erfolgs liegt, ist Dolus. Feuerbach aber versteht unter dem Bezwecken das er zum Dolus erfordert offenbar etwas engeres, Absicht in unserer Bedeutung statt des Vorsatzes, und es hätte Morstadt gleich wider die Definition des Dolus protestiren müssen, während der spätere Widerspruch wider F. ihn auch mit sich selber in Widerspruch setzt.

Nah an Feuerbach schliesst sich von Weber (N. Arch. d. Crim. Rs. Bd. VII 20). Seine Definition des Dolus ist ebenso eng:

> Das wesentliche bei dem vorsätzlichen Verbrechen ist also nur
> 1) daß der Handelnde die vorliegende That zu verüben sich entschlossen hatte, daß sich sein Wollen eben auf das hervorgebrachte Verbrechen bezog. Dabei ist es jedoch gleichviel ob seine auf das Verbrechen gerichtete Absicht dieses Verbrechen als Zweck für sich, oder als Mittel zu einem andern Zweck aufgefasst hat. [Bezweckt, beabsichtigt muss also auch nach Weber der verbrecherische Erfolg stets sein.]
> 2) Dem Thäter musste aber auch zur Zeit des Entschlusses zur That deren Strafbarkeit (oder deren Eigenschaften als Verbrechen) bekannt gewesen sein.

Kenntnis des Strafgesetzes verlangt Weber auch an andern Stellen ausdrücklich. Wenn er daneben „eine ins specielle gehende Kenntnis der Strafsanction besonders der Art und Größe der gedrohten Strafe" nicht erfordert, so kann er auch der Ansicht nicht sein, daß die Strafdrohung je mit den zum Verbrechen reizenden

§ 28. Momenten, um diese in dem der Verführung Ausgesetzten zu unterdrücken, sich steigern müsse. Hier interessirt uns diese Abweichung von dem Princip der Generalpraevention weniger als daß Weber, übrigens nach Gönners (Revision des Dolus) Vorgange, den Feuerbachschen d. indeterminatus abtheilt in alternativen und eventuellen Dolus, und zugleich auf die praktische Bedeutung hievon für das Maß der Strafbarkeit hinweist:

> Alternativer Dolus ist vorhanden wenn es dem Verbrecher bei seinem unbestimmten Dolus gleichgültig war welcher von den als gleich möglich vorhergesehenen mehren rechtswidrigen Erfolgen nun eintreten möge.

Spricht Weber hier gleich von blos vorhergesehenen Erfolgen, so ist es doch ersichtlich daß er nur an bezweckte und beabsichtigte Erfolge denkt, und es wird dies unzweifelhaft wenn nachher geleugnet wird daß der d. alternativus gelindere Strafe rechtfertige als der d. determinatus bei sonst gleichen Umständen.

> Bei dem eventuellen Dolus will der Handelnde zunächst oder vorzugsweise einen gewissen minder strafbaren Erfolg, und den eingetretenen strafbaren Erfolg wollte er nur insofern auch, als dieser bei Verfolgung des ersteren zugleich auch als leicht mögliche Folge vorausgesehn, und um des Hauptzwecks willen in seinen Willen mit aufgenommen wurde.

Die nach Weber in den eventuellen Dolus fallenden Folgen gehören zweifellos nicht zu den die Handlung des Thäters bestimmenden, sondern wie ich sie nenne zu den unbeabsichtigten. Unbeabsichtigte Folgen der Art gehören aber nach Feuerbach, wie auch Morstadt richtig erkannt, nie dem Dolus zu, sondern der Culpa, nach Umständen der culpa dolo determinata. Weber thut also nicht was er zu thun vorgibt, er weist nicht zwei Unterarten des Feuerbachschen d. indeterminatus nach, sondern er

stellt einen von Feuerbach nicht anerkannten und ohne Inconsequenz nicht anzuerkennenden d. eventualis neben den F.schen d. indeterminatus, der freilich auch über den Weberschen d. alternativus hinaus, aber doch nicht in den d. eventualis hineinragt. Aber auch mit sich selber tritt Weber, da er die Feuerbachsche Anschauung des Dolus im allgemeinen zur seinen gemacht hat, in Widerspruch. Denn wenn wirklich Folgen die als leicht mögliche vorausgesehn sind, den Handelnden aber in keiner Weise angezogen und zum Handeln angetrieben, sondern nur davon nicht abgeschreckt haben, noch dem dolus (eventualis) zuzurechnen sind, so ist das nicht wahr, was W. in der oben abgedruckten Stelle erfordert, daß zu dem dolosen Verbrechen wesentlich gehöre daß die Verübung desselben und also die Erreichung des verbrecherischen Erfolgs in der Absicht des Handelnden als Zweck gelegen haben müsse, als Endzweck entweder oder als Mittel zu andern weiteren Zwecken. § 28.

Recht geben müssen wir Webern soweit, daß wir seinen d. eventualis als wirklichen Dolus anerkennen, Vorsatz, Wollen und Wissen soviel wir erfordern, liegt darin. Daß aber Weber trotz diesem Stück richtiger Erkenntnis bei der engen Feuerbachschen, einfachen Vorsatz von dem Gebiet des Dolus ausschliessenden Definition beharrt, ist keineswegs zu billigen. Einigermaßen kommt übrigens Weber selber zu der Einsicht, daß dieser d. eventualis nach der von Feuerbach übernommenen Abgrenzung nicht sowol zum Dolus als zur Culpa zu stellen sei.

Diesem eventuellen Dolus steht übrigens die muthwillige Culpa oder die von Feuerbach so genannte Culpa aus Fahrlässigkeit ziemlich nahe. Der Thäter hat hier [bei dieser Culpa] das aus seiner Handlung entstandene Uebel als eine mögliche Folge vorhergedacht, dasselbe aber doch weder erwartet, noch weniger gewünscht. Dieses Uebel lag gar nicht

§ 28. in seinem Willen; er war nur so muthwillig oder leichtsinnig es darauf ankommen zu lassen, vertrauend jedoch dabei auf sein Glück oder auf seine Geschicklichkeit, wodurch das Uebel noch abgewendet werden könnte. Denn das bloße Voraussehn eines auch wahrscheinlichen Erfolgs ist für sich allein noch kein Wollen desselben; dies wäre nur dann anzunehmen wenn der Erfolg nicht blos als möglich oder wahrscheinlich sondern als nothwendig von dem Handelnden vorausgesehn wurde .... Diese Culpa kann allein vorliegen, sofern das Handeln der Person überhaupt auf keinen rechtswidrigen Zweck gerichtet war; ist aber letzteres der Fall so concurrirt mit ihr Dolus, d. h. eine culpa dolo det. liegt nun vor. Wer wird aber nach allen diesem verkennen daß wenngleich diese muthwillige Culpa nicht eines ist mit dem eventuellen Dolus, sie doch demselben sehr nahe stehe, und daß beide sich in so feinen Punkten berühren, daß ihre wirkliche Unterscheidung oft in der Praxis die größten Schwierigkeiten hat?

Nicht blos in der Praxis; auch in der Theorie. Wenigstens ist Webern diese Unterscheidung ersichtlich nicht gelungen, kein charakteristisches Unterscheidungsmoment ist aufgestellt. Daß der Thäter den Erfolg als nothwendig vorhergesehn, was beiläufig menschlichen Kräften überall nicht zukommt, ist auch bei dem d. eventualis nicht erfordert, nur ein als möglich vorhersehn, kein Begehren und Wünschen des Erfolgs, nur das in denselben Einwilligen, was aber in der Vornahme der Handlung unter der Voraussicht des Erfolgs allemal liegt, und bei der Culpa aus Fahrlässigkeit zweifellos vorhanden ist.

In einem Jahre mit dem Weberschen Aufsatz, 1825, erschien der erste Band von Wächters Lehrbuch des Strafrechts. Es erhellt nicht daß bei Abfassung desselben Wächter schon

Kenntnis von Webers Arbeit gehabt habe, doch tritt ein dem § 28.
Weberschen nah verwandter dolus eventualis darin auf. Eine Definition des Dolus überhaupt enthält das Lehrbuch nicht und weicht auch darin von Weber ab, daß der d. eventualis nicht als Unterart des d. indeterminatus bezeichnet, vielmehr, im § 78, „a) d. determinatus s. specialis, b) d. indeterminatus s. generalis, auch alternativer genannt, c) d. eventualis bedingter" coordinirt werden. Zur Erläuterung sagt N. 53:

> Unter d. ev. verstehe ich den Fall, wenn der Handelnde einen gewissen rechtswidrigen Erfolg als wenn auch nur mögliche Folge seiner Handlung voraussieht, das Eintreten desselben zwar nicht gerade will, aber auf den Fall daß er nicht vermieden würde, ihn bestimmt vorher billigt.

Aber was ist „bestimmt vorher billigen"? Ausdrücklich, verbis expressis? Woher haben die verba expressa diese Bedeutung, die Kraft culpa in dolus zu verwandeln? Und wie selten trifft man in der Praxis auf eine „bestimmte Billigung" der Art. So glaubt auch Jarcke (Handb. § 28) daß der Wächtersche d. event. auf das Duell sich beschränken müsse. Aber richtiger ist es wol dem „bestimmt vorher billigen" weiteren Sinn zu unterlegen, jede voraufgehende an sich erkenntliche und verständliche Billigung, nicht blos die ausdrückliche darunter zu begreifen; vor allem also den Fall, wo der Thäter in der Erkenntnis der Möglichkeit des Erfolgs gehandelt und eben durch die Vornahme der Handlung thätlich seine Billigung desselben ausgesprochen hat.

Das stimmt vortrefflich zu unsern Anschauungen, aber nicht zu den Abtheilungen der Fahrlässigkeit die Wächter im § 80 annimmt:

a) geringe und grobe — c. levis und lata;
b) entfernte und (dem rechtswidrigen Vorsatze) nahe — c. remota und proxima.

§ 28. Denn von dieser zweiten Eintheilung sagt N. 59 daß sie „mit der Feuerbachs (Lehrb. § 55) in culpa wegen unterlassenen Gebrauchs des Erkenntnisvermögens, und culpa aus Fahrlässigkeit zusammenfalle“. Aber nach unserer Auslegung des „bestimmt vorher billigen“ würde auch der Wächtersche d. eventualis mit dieser dem rechtswidrigen Vorsatz nahen Culpa zusammenfallen. Zu bedauern daß Wächter hierüber sich nicht bestimmter ausgelassen hat.

In Jarckes Handbuch findet sich im einzelnen viel gutes über den widerrechtlichen Willen. Gewis hat er manches richtiger erkannt als andre, aber seine Erkenntnis ist doch nicht scharf genug, um da wo er diesen andern gegenüber tritt feste wohl abgeschlossene Resultate sich zu erarbeiten, die schon durch ihre äussere Form und Erscheinung sich Freunde gewinnen möchten. So haben seine Ausführungen keinen erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Dogmas geübt:

> § 26 Aus dem Römischen Recht sind die Kunstwörter Dolus und Culpa in unsere heutige Theorie übergegangen; aber die Römer sind weit entfernt gewesen nur diese zwei Formen der Willensbestimmung und deshalb nur zwei darauf gegründete scharf abgegrenzte Stufen der Strafbarkeit anzunehmen.
> Heutzutage ist diese Ansicht aber sehr verbreitet, man übersieht es gewöhnlich, daß bei der verbrecherischen Willensbestimmung der böse Vorsatz im eminenten Sinne, und die dem Zufalle sich nähernde bloße Unvorsichtigkeit nur die beiden Endpunkte sind, daß zwischen diesen der böse Wille in unendlich vielen Abstufungen hervortritt, und daß diese nicht streng mathematisch gesondert und einander dergestalt entgegengesetzt werden können, als wenn sie gar nicht an einander grenzten und im wirklichen Leben in einander übergingen.

Aber richtiger ist es doch wol auch den bösen Vorsatz und die bloße § 28.
Unvorsichtigkeit nicht als Punkte, sondern als Flächen zu erfassen auf denen gar verschiedene Gestaltungen des fehlerhaften Wollens platz finden können. Der § 27 gibt eine Definition des bösen Vorsatzes:

> Er besteht darin, daß der Handelnde bei seiner Handlung gerade das will was das eigentlich Rechtswidrige und durch die strafrechtliche Norm Verpönte an derselben ist. Gewöhnlich ist dieses der schädliche Effect, aber die Definition, daß der Dolus der auf den schädlichen Effect gerichtete Vorsatz sei, welche zunächst von der Tödtung hergenommen ist, passt nicht auf alle Fälle indem manche Verbrechen gar keinen besondern von der Handlung selbst verschiedenen Effect haben, oder wenigstens der Handelnde über den etwanigen Effect gar nicht reflectirte.

Der Grundfehler, der die Unklarheit dieser Darlegung bedingt, ist daß Jarcke über die Abgrenzung von Handlung und Effect sich nicht ins reine gesetzt hat. Handlung und Effect beide verschwimmen ihm, wie den meisten Criminalisten, ohne jegliche feste Grenze. Daher die Unsicherheit ob es Verbrechen ohne von der Handlung zu sondernden Effect gibt, der Glaube daß ein doloses Verbrechen bestehn könne ohne daß der Thäter den eigentlich verbrecherischen Erfolg irgend wie ins Auge gefasst habe (mehr bezeichnet das „reflectiren" hier nicht). Daher weiter die Unbestimmtheit was im einzelnen Falle als das „eigentlich Rechtswidrige" gewollt sein müsse, Handlung oder Effect, und was wir unter dem gewollten Effect uns zu denken haben. Richtig ist dann wieder, daß

> der Räuber, welcher ein Haus anzündet um die Spuren seiner That zu vernichten, dabei aber weiss daß ein Kranker der unfähig ist sich zu bewegen sich in demselben befindet, und

§ 28. sich der Nothwendigkeit daß dieser verbrennen muss bewusst wird, in Beziehung auf die wirklich erfolgte Tödtung des Kranken ein vollkommen vorsätzlicher Mörder ist, wenngleich seine Hauptabsicht gar nicht auf die Tödtung gerichtet war, oder dieselbe ihm vielleicht gar leid thut.

Aber falsch daß hiebei auf das Menschen unmögliche als „nothwendig" vorhersehn des fraglichen Erfolgs irgend ein Gewicht zu legen sei, daher man sich an dem als wahrscheinlich oder möglich vorhersehn auch bei dem vorsätzlichen Verbrechen wird genügen lassen müssen. Richtig ferner daß die Unterscheidung verschiedener Arten des Dolus nur bei gewissen Verbrechen möglich ist; darum aber diese Unterscheidungen der Lehre von den Tödtungen zuzuweisen, ist doch wieder zu eng gegriffen. Auch stimmt es nicht recht zu der voraufgehenden Entwicklung, wie zwischen den Extremen unendlich viele unmittelbar in einander übergehende Abstufungen des bösen Willens liegen, daß dann im § 28 vier Fälle in die Mitte zwischen die praemeditirte Tödtung aus bösem Vorsatz und die den Tod dritter veranlassende Unvorsichtigkeit gestellt werden, als ob eben nur diese vier überhaupt hier denkbar wären.

Im § 29 wird die Fahrlässigkeit besprochen:

In Beziehung auf die größere oder geringere Strafbarkeit derselben wird es freilich großen Einfluss haben ob die fahrlässige Handlung an sich schon gegen ein Polizeigesetz verstößt oder nicht, eine anderweitige streng systematische Eintheilung der Fahrlässigkeit in gewisse Arten und Grade ist aber entschieden zu misbilligen, weil die im Leben vorkommenden Fälle unendlich vielfacher sind als das Schema des Gesetzgebers und somit dieses dem Richter zur unnützen aber lästigen Fessel wird.

Note 6 bezieht diese entschiedene Misbilligung unter andern auch auf die Grolmannsche Eintheilung in nahe und entfernte Schuld

(c. proxima und remota), die wie schon Wächter richtig bemerkt § 28.
mit der geläuterten Unterscheidung Feuerbachs, culpa aus Unbedachtsamkeit und culpa aus Fahrlässigkeit übereinkommt. Jarckes eigene Definition der culpa ist aber so wenig bestimmt, daß sie die c. proxima wol in sich aufnehmen kann:

Die reine Fahrlässigkeit umfasst die Fälle wo die Absicht des Handelnden nicht auf das eigentlich Rechtswidrige der Handlung, also namentlich nicht auf den Effect derselben gerichtet war, sondern wo dieser gänzlich gegen den Willen des Handelnden aus einer unbedachten leichtsinnigen oder muthwilligen Handlung entstand.

Da ist denn nicht abzusehn warum die logisch richtige von Feuerbach Grolmann Wächter gebilligte Unterscheidung einer bewussten und unbewussten Culpa aufgegeben werden soll, da auch der Richter im concreten Fall, wenn er überhaupt in die Willensstimmung des Thäters bei dem Verbrechen einzudringen vermag, muss erkennen können ob derselbe ohne Voraussicht oder trotz der Voraussicht des Erfolgs gehandelt hat. Träte dieser Unterschied auch nicht bei allen Fällen an den Tag, so wäre dies noch kein Grund die Erheblichkeit desselben für die Fälle wo er deutlich hervortritt zu leugnen.

Auch in Abeggs Ausführungen über die Zurechnung (Lehrb. d. Strafr. Wissensch. § 78—90) ist manches trefflich gedacht und ausgedrückt, doch sind die Grenzbestimmungen des Dolus der Abarten desselben und der Culpa nicht ganz so wohl gelungen wie vieles andre.

§ 83. Rechtswidriger Vorsatz (dolus) ist der Entschluss zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolgs. Das Verbrechen als vorsätzliches hat die beiden Merkmale des Wissens und Wollens, dieses in Beziehung auf die Wir-

§ 28. kung der eben dadurch bestimmten Thätigkeit, jenes auf das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit.

Der zweite und der erste Satz stehn nicht im Einklang was die Definition des Vorsatzes anlangt. Nach dem zweiten muss der Erfolg gewollt sein; freilich an sich kein scharfer Ausdruck, der aber hier durch den Zusatz zweifellos wird, daß die Thätigkeit des Handelnden eben durch das Wollen des Erfolgs bestimmt werden soll. Der Erfolg soll also bei der Handlung nicht blos vorgesehn sein, sondern das Voraussehn soll bestimmend gewirkt haben, der Erfolg selber also als Zweck gesetzt, beabsichtigt gewesen sein, um zu unserem Worte zurückzukehren. Soviel aber erfordert der erste Satz nicht. Wenn der Räuber das Haus ansteckt um die Raubthat zu verbergen, das Haus in dem wie er vorhersieht der Kranke verbrennen wird, und zugleich weiss daß solche Tödtung den Gesetzen zuwider ist, so wird man zugeben müssen daß er sich zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolgs frei entschlossen hat. Ebenso sicher aber daß er den Erfolg nicht in dem Sinne gewollt hat, daß das Voraussehn des Erfolgs irgend wie bestimmend (nicht blos nicht abschreckend) auf seine Thätigkeit gewirkt habe. Derselbe Räuber würde also betreffs der Tödtung des Kranken nach dem ersten Satze in dolo sein, nach dem zweiten nicht. Dieselbe Unbestimmtheit ob Vorhersehn gesetzwidriger Erfolge bei der Handlung zum Dolus genüge, oder vielmehr ein Beabsichtigen zu erfordern sei, bleibt auch im § 84, wo dem d. determinatus ein d. indeterminatus gegenübergesetzt und dieser in d. alternativus und d. eventualis zerlegt wird; da aber im § 86 ausdrücklich neben der unbewussten auch eine bewusste Culpa, mit Einsicht in das Wirkungsvermögen der Handlung anerkannt wird, so dürfte doch die Absicht auch für A b e g g s Theorie als regelmäßiges Element des Dolus anzusehn, daneben aber anzuerkennen sein daß zum dolus ev. wenigstens bloßes Vorhersehn genügen kann, was

denn auch durch die Bemerkung in den Ausführungen zu § 85 be- § 28.
stätigt wird:

war der Erfolg nothwendig, so muss er bei vorhandener Einsicht zum Dolus zugerechnet werden.

Bauer hat sich viel mit der Zurechnung beschäftigt, am gründlichsten in den Abhandlungen aus dem Strafrecht (Bd. I Göttingen 1840). Er steht auf den von Feuerbach angenommenen Grundlagen und vermag den hierauf beruhenden Ausbau nicht zu befriedigendem Abschluss zu bringen. Auf die von Weber und Mittermaier gebilligte Formel:

Dolus ist der Entschluss zu einer Handlung mit dem Bewusstsein ihrer Strafgesetzwidrigkeit; oder, der Entschluss zu einer als Verbrechen erkannten Handlung;

gibt B. selber große Stücke. Lassen wir die Richtigkeit dahingestellt, scharf bezeichnend ist sie nicht. Zwei Merkmale des Dolus sollen darin enthalten sein:

A. wirkliches Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung,

B. das andere Merkmal des Dolus besteht in dem Willen, die strafgesetzwidrige Handlung zu begehen. Daß hingegen der Handelnde die Absicht durch diese Handlung Schaden zu stiften gehegt, oder daß er das Verbrechen als Zweck gewollt, oder daß er den bestimmten Willen das Strafgesetz zu übertreten gehabt habe ist keineswegs erforderlich, sondern es genügt der Wille die verbrecherische Handlung zu begehen.

Hienach also kann man eine verbrecherische Handlung willentlich begehen, sie als strafgesetzwidrig erkennen, und doch ohne den Willen sein das Strafgesetz zu übertreten. Wie ist solcher Willen zu denken? Wie das Wollen ist die Handlung für Bauer kein scharf begrenzter Begriff; daraus fliesst die weitere Unklarheit. Bauers Handlung ist eine Handlung sammt gewissen Folgen derselben;

§ 28. denn nur durch ihre Folgen kann eine Handlung gesetzwidrig, oder gar strafgesetzwidrig werden. Zu Handlung und Folgen also soll der Verbrecher sich entschlossen haben, dabei ist übersehn daß das geistige Verhältnis des Thäters zu den der Handlung stets ungleichartigen Folgen immer ein ganz andres sein müsse als das zur Handlung selber, und indem Ein Wort, „Entschluss" zur Bezeichnung von beiden benutzt wird, bleibt wenigstens wie dasselbe in der einen Beziehung, „Entschluss zu den Folgen", auszulegen sei im unklaren. Ist zu den Folgen entschlossen wer diese eben als Folgen seiner Handlung vorhersieht und doch handelt? Man sollte es meinen. Wer aber zu strafgesetzwidrigen Folgen entschlossen ist, ist doch auch wol zur Uebertretung des Strafgesetzes entschlossen? Also könnte man wieder zu einer wissentlichen Uebertretung des Strafgesetzes entschlossen sein, ohne doch den „bestimmten Willen das Strafgesetz zu übertreten" zu haben.

Der Frage, ob zum Vorsatz Dolus, Vorhersehn des Erfolgs, ohne Beabsichtigen Bezwecken desselben genügen könne, hat auch Bauer nicht scharf ins Auge gesehn. Wie andre theilt er den Dolus in d. determinatus, (Vorsatz auf einen gewissen Erfolg ausschliesslich) und d. indeterminatus (auf mehre Erfolge der Handlung gerichtet), und diesen wieder in alternativen und eventuellen Dolus ab, und wie andre muss auch er es sich gefallen lassen, daß sein dolus eventualis das Requisit der Absicht abstreift.

> Der Handelnde beabsichtigt zunächst und hauptsächlich den einen, willigt aber auf allen Fall auch in den andern (strafbareren) Erfolg, welcher wie er einsieht aus seiner Handlung entstehn kann.

Wie dies „willigen in den Erfolg" zu verstehen wird nachher noch erläutert:

Es wird hiebei vorausgesetzt daß er letzteren [den zunächst

nicht beabsichtigten Erfolg] als die mögliche oder wahrscheinliche Folge seiner Handlung einsah, und das Eintreten desselben zwar nicht gerade wollte, solchen jedoch falls er dennoch eintreten sollte im voraus bestimmt billigte (Eventualergebung in den schlimmsten Fall). Der eventuelle Dolus ist aber nicht vorhanden sobald es gewis ist daß der Handelnde das andre Verbrechen bestimmt nicht gewollt hat, welches besonders dann anzunehmen sein wird wenn er dasselbe zu verhüten bemüht war. § 28.

Durch das Bestreben dem d. eventualis Schranken zu setzen zeichnet Bauer sich vortheilhaft aus, vor denen welchen dieser Dolus mit der bewussten Culpa unbewusst, oder doch unbeachtet zusammenfliesst. Im § 12 bei der Betrachtung der bewussten Culpa kommt er auf die Unterscheidung zurück:

Die bewusste Culpa kommt mit dem eventuellen Dolus darin überein, daß der Handelnde wirklich den strafgesetzwidrigen Erfolg seiner Handlung als möglich einsieht; sie unterscheiden sich aber wesentlich darin, daß er denselben bei der ersteren bestimmt nicht wollte, während er sich solchen beim eventuellen Dolus ebenfalls gefallen lässt. Mag es gleich oft schwer sein in einzelnen Fällen das Dasein der einen oder der andern Art der Verschuldung sicher zu ermitteln, so sind doch beide überhaupt durch ein bestimmtes Merkmal geschieden.

Aber fruchtbringend ist dies Unterscheidungsstreben hier auch nicht, denn das gerade muss geleugnet werden, daß Bauer ein „bestimmtes Merkmal" des Unterschieds angegeben habe. Wie schon gezeigt braucht Bauer das Wort „wollen" überhaupt nicht in scharfumgrenztem Sinne, und „bestimmt nicht wollen" ist ein ganz vager Begriff angewandt auf den der gerade die Handlung vornimmt, welche wie er richtig erkannt den „bestimmt nicht gewoll-

§ 28. ten Erfolg" mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit nach sich zieht. Wer so handelt von dem kann man alle Male sagen, daß er den als möglich vorausgesehenen Erfolg „sich gefallen lasse". Aber dann wenigstens, meint Bauer, wenn der Handelnde diesen Erfolg „zu verhüten bemüht" gewesen, dann sollte es gewis sein daß er denselben „bestimmt nicht gewollt", also auch nicht in dolo [event.] versirt habe. Der Bandit hält auf die Schenkel dessen dem er die Flucht verwehren will, nicht auf den Leib, um die tödliche Wirkung seines Schusses zu verhüten, aber er weiss daß seine Kugel auch den Leib treffen, vielleicht auch die Schenkelwunde tödlich werden kann. Von der giftigen Substanz nimmt der Apotheker statt 10 nur 5 Gran um Tödtung zu verhüten nur Abortus zu bewirken, weiss dabei daß auch die 5 Gran schon tödten können, aber nähme er noch weniger so würde auch die beabsichtigte Abtreibung leicht mislingen. Bei erfolgter Tödtung wäre also in jenem wie in diesem Falle nur bewusste Culpa kein dolus event. anzunehmen; dann aber dürfte es schwer halten überhaupt Fälle des d. ev. ausfindig zu machen, der ja überall voraussetzt daß der Wunsch, einen andern bezweckten Erfolg statt des mitvorgesehenen eingetretenen eintreten zu lassen, irgend wie sich zweifellos manifestirt habe. Oder soll das „verhüten" sich nicht auf Modalitäten des wirksamen Handelns beziehn dürfen, sondern ein besonderes dem vorgesehenen aber „bestimmt nicht gewollten" Erfolge jenes ersten Handelns entgegenwirkendes zweites Handeln voraussetzen? Etwa wenn der Apotheker nachher ein Gegengift wider die Tödtung gegeben? Aber wenn der Gedanke ihm vielleicht erst nachher gekommen, so kann er doch sicher auf die Beurtheilung der Willensbestimmung bei der ersten Handlung keinen Einfluss üben. Also blieben nur die Fälle wo der Handelnde schon bei der ersten Handlung sich mit dem Gedanken einer späteren möglichen verhütenden Handlung getragen. Hiernach den d. eventualis ab-

zugrenzen darf man nicht versuchen, zunächst darum weil nicht § 28.
einleuchtet warum gerade unter diesen Voraussetzungen eine besondere Schuldstufe anzunehmen wäre, verschieden namentlich auch von der dann betretenen wenn der Thäter schon jetzt durch die Modalitäten seiner Handlung einem schlimmeren Erfolge als dem beabsichtigten mit gleicher Sicherheit wie durch eine spätere Verhütungshandlung glaubt entgegenwirken zu können; sodann weil von dieser Abgrenzung für die Praxis gar kein Gebrauch zu machen wäre, ein solcher schon bei der Handlung vorhandener Verhütungsgedanke, der aber bei der Handlung nie mehr als Gedanke gewesen sein könnte, dem untersuchenden Richter nie in zweifelloser Form selber sich darstellen würde, desto häufiger aber wenn er irgendwo zum durchgreifenden Kriter erhoben wäre, von dem Richter in den Delinquenten hineininquirirt werden dürfte.

---

§ 29.

Dolus nach gemeinem Recht. Berner und Neueste.

Mit besonderem Eifer hat Berner die Lehre von der Zu- § 29.
rechnung behandelt (Imputationslehre 1843; Theilnahme am Verbrechen und Controversen über Dolus und Culpa 1847; Lehrbuch § 90 folg.). Ein ansprechendes Bild wie nach seiner Anschauung Motiv Absicht Vorsatz aneinander sich reihen, aus dem Berathen ein Beschluss hervorgeht, der dann zum Entschluss führt mit welchem die That beginnt. Auch eine relative Richtigkeit kann man dem Bilde zusprechen, soviel nämlich daß in vielen Fällen der Dolus im Verbrecher ähnlich sich entwickeln kann, aber die Aehnlichkeit bleibt stets eine entfernte ungewisse, weil dem Bilde selber die scharfen Umrisse fehlen. Das Berathen ist das Bedenken der

§ 29. That, der Handlung mit ihren Folgen, das sehr kurz sein, zu wenig klaren Ergebnissen führen mag, aber selten ganz vor der verbrecherischen That fehlen wird.

Endlich wird die Berathung *geschlossen* durch den *Beschluss*, der Beschluss ist der *eigentliche Vorsatz*. Dieser „Beschluss" aber, unterschieden von dem „Entschluss" der die Ausführung bedingt, ist gar kein fester Begriff. *Berner* sagt selber daß der Beschluss wieder zurückgenommen werden könne. Dann aber kann das Subject doch auch wol nach weiterer Berathung zu dem aufgegebenen Beschlusse wieder ein Mal zurückkehren? Was war also der erste Beschluss? Offenbar nicht das Ende der Berathung, die nachher noch weiter fortgesetzt wird; nur der Glaube des Subjects es habe bereits seine Berathung beschlossen. Möglich daß von einem gewissen Augenblick an das Subject gar nicht oder weniger lebhaft an die That denkt, oder wenigstens daß durch das fortgesetzte Denken doch kein neues Bild derselben mehr gewonnen wird, aber ob dies geschieht oder nicht geschieht ist für die Entwicklung des Dolus durchaus unwesentlich, und der Augenblick wo das Bild der That sich so vollendet hat, wie es dem Thäter bei der Handlung vor Augen schwebt, aus keinem Grunde besonders hervorzuheben: darum schon weil dieser Augenblick nie sicher zu ermitteln, nie genau festzustellen ist daß von da ab das Bild absolut unverändert geblieben; sodann weil in tausend Fällen, wenn auch das nie völlig reine und scharfe Bild der zukünftigen That in andern Umrissen und Schattirungen vor der Seele des Thäters gespielt hätte, derselbe doch ganz ebenso gehandelt haben würde, die letztaugenblickliche Fixirung von Farbe und Linie für die Handlung und vielleicht auch für die Schuld ohne allen Einfluss geblieben ist. Vor dem Beginn der Handlung gibt es keine Gewisheit daß das Bedenken und Berathen sein Ende gefunden, es ist psychologisch vorher gar kein Aufhören nur ein Nachlassen des Berathens zu sta-

tuiren. Soll der Beschluss von dem Bedenken sich wesentlich unterscheiden, so müssen wir ihn mit dem Entschluss zusammenwerfen. Der Entschluss kann nicht zurückgenommen werden. Also jetzt ist die Berathung das reine Denken (im Gegensatz zu dem das Handeln begleitende Denken) abgeschlossen. „Der Entschluss verhält sich zur That wie die Ursache zur Wirkung; die Ursache ist nur Ursache so lange sie wirkt. Erst in dem Entschluss ist der Wille vollendet.“ Wie keine Handlung ohne Willen, so kein concretes Wollen ohne Handlung. Der Beginn dieses concreten Wollens ist der Entschluss. Also kein Entschluss vor der Handlung, kein concreter Wille vor dem Entschluss. Entschluss und Berathung sind specifisch von einander verschieden; was aber Berner als Beschluss Vorsatz bezeichnet, Setzen der Handlung im Menschen vor dem Beginn der Handlung, ist Theil der Berathung, nicht an sich nur nach dem Vermeinen des setzenden Subjects von der übrigen Berathung unterschieden. Vor dem Entschluss ist der sogenannte Beschluss ein Denken, das so wenig in die Aussenwelt wirkt wie überall das Berathen; vom Berathen im engeren Sinn nur dadurch unterschieden, daß hier das Bild der Zukunft unverändert bleibt, während jenes Berathen immer neue Momente der Beachtung zuführt; aber auch hiedurch nur äusserlich unterschieden, da dieses unverändert bleiben des Bildes selber etwas rein äusserliches zufälliges nicht durch innere Ursachen bedingtes ist, vielmehr die Möglichkeit einer Veränderung, Aufhebung des Beschlusses bis zum Beginn der Handlung bleibt. § 29.

Haben wir hiernach den Beschluss als selbständiges Mittelglied zwischen Berathung und Entschluss ausgestoßen, so nähert sich Berners Genesis des Dolus unserer Auffassung. Sein Berathen ist was ich als Wissen und Vorhersehn des Erfolgs vor der That bezeichnet habe; sein Ausdruck weist mehr auf die Art der Thätigkeit selber, die von mir benutzten mehr auf die Ergebnisse

§ 29. dieser Thätigkeit. Den Entschluss identificirt er selber mit der Existenz des Willens. Daß bei dem Wollen auch das Wissen als begleitendes Moment noch vorhanden sein müsse wird er nicht in Abrede stellen.

Bei der Unterscheidung des dol. determ. und indeterminatus geht Berner davon aus, ob der Handelnde die Nothwendigkeit des Eintretens des Erfolgs vorhergesehn oder nicht. Was bei andern oft nur als Ausdruck der Unüberlegtheit erscheint, erhält bei ihm eine wissenschaftlich gestaltete Grundlage.

Alles was eine Wirklichkeit werden soll muss zunächst möglich sein. Ist es nur möglich so ist es zufällig, ist es real möglich so ist es nothwendig. Wenn alle Bedingungen der Wirklichkeit vorhanden sind, so ist diese Gesammtheit der Bedingungen reale Möglichkeit, — eine Möglichkeit die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, nach dem Gesetzthum der Natur in Wirklichkeit übergehn muss, mithin Nothwendigkeit ist. Liegen dagegen die Bedingungen zerstreut aus einander, so ist zur Zeit bloße Möglichkeit vorhanden. Diese muss zwar nicht, aber kann doch in Wirklichkeit übergehn; es hängt vom Zufall ab, ob die Bedingungen zusammengeführt werden, und somit liegt hier nichts andres als Zufälligkeit vor.

Wenden wir dies Ergebnis der Logik auf unser Thema an, so haben wir bei dem auf eine Wirklichkeit gerichteten Dolus — bei dem Dolus in Beziehung auf sein Anderes — zu unterscheiden, ob derselbe auf die reale, oder ob er auf die bloße abstracte Möglichkeit gerichtet gewesen ist.

Das „Ergebnis der Logik" selber müssen wir anfechten. Nichts geschieht wenn nicht alle Bedingungen der Existenz vorhanden sind. Sind alle Bedingungen vorhanden, und dazu gehört daß keine Kraft deren Mitwirkung erforderlich ist durch entgegenwirkendes gebunden wird, so muss geschehen was geschieht. Nothwendig

also ist alles was geschieht, nichts geschehenes blos möglich oder § 29.
zufällig. Beide Ausdrücke, möglich und zufällig, bezeichnen nicht Qualitäten die dem Betrachteten wirklich innewohnen, sondern nur das Resultat unserer Betrachtung. Da wir als Menschen nie gewis wissen ob alle Bedingungen des in der Zukunft liegenden vorhanden sind, so sehen wir nirgends Nothwendigkeiten voraus, nur Möglichkeiten, d. h. wir sehn wol gewisse Bedingungen der zukünftigen Existenz und sehen nichts was nach unserem Dafürhalten diese zukünftige Existenz ausschliessen müsste. Als zufällig bezeichnen wir wovon auch nach dem Geschehen wir die genügenden Ursachen nicht enträthseln. Wie wir nichts Nothwendiges (als solches) vorhersehn, so können wir streng genommen auch keinen Zufall als solchen vorauserkennen, damit wir überhaupt ihn sehn müssen wir eine oder einige der Bedingungen seiner Existenz entdecken, und thun wir dies, so setzen wir ihn auch sofort als möglich voraus. Unser ganzes vorhersehn des Zukünftigen beschränkt sich also auf ein Vorhersehn von Möglichkeiten. Bei Geschehenem kann unsere Erkenntnis verschieden geartet sein. Trotzdem wir wissen daß es nothwendig geschehen musste, können wir das Geschehene als zufällig bezeichnen, indem wir damit ausdrücken, daß uns die innere Gliederung der Nothwendigkeit ganz verschlossen geblieben ist. Gewöhnlich werden wir auch bei dem Geschehenen nachträglich über die Erkenntnis der inneren Möglichkeit nicht hinauskommen. Ob wir uns mit Recht je volle Kenntnis der inneren Nothwendigkeit nach dem Geschehen zuschreiben dürften mag dahin gestellt bleiben; immer spricht mehr für diese Annahme als für den Glauben an eine Menschen mögliche Voraussicht des Zukünftigen als etwas Nothwendigen.

Auch die von Berner zur Erläuterung des d. determ. benutzten Beispiele zeigen deutlich wie es mit der Kraft dieser menschlichen Voraussicht steht:

§ 29. Gajus hält dem Sejus ein geladenes Pistol auf die Brust, um ihn zu tödten. Er will daß Sejus sterben soll; er will reale Möglichkeit, Nothwendigkeit.

Wenn Gajus losdrückt ist die Nothwendigkeit des Todes von Sejus noch keinem menschlichen Auge sichtbar. Wer weiß ob der Schuss nicht versagt? ob Sejus nicht ein festes Panzerhemd trägt? und wenn wirklich die Kugel in die Brust dringt, ob ihr Lauf tödlich verwunden wird? Meint Gajus doch die Nothwendigkeit voraus zu erkennen, so teuscht er sich nur selber über die Natur seines Vorhersehens. Eine noch zweifelhaftere Möglichkeit wird im zweiten Beispiel zur Nothwendigkeit erhoben.

Wer sein eigenes Haus anzündet und dabei einsieht daß dadurch auch des Nachbars Haus abbrennen müsse, dem ist wie sehr er auch gewünscht habe, daß der Brand des Nachbarhauses nicht nothwendige Folge seiner Handlung sein möge, dennoch auch in betreff dieses gern vermiedenen Erfolgs ein d. det. zuzurechnen. — Gern oder ungern das gilt gleichviel, der Handelnde hat die Nothwendigkeit vom Brande des Nachbarhauses eingesehen und somit seine Zustimmung zu dieser unvermeidlichen Folge durch seine Handlung gegeben.

Ist die Folge eingetreten, so war sie sicher nothwendig, unter gerade diesen Umständen unvermeidlich. Aber diese Unvermeidlichkeit konnte der Thäter mit menschlichen Gaben beim Anstecken seines Hauses nicht schon erkannt haben, die tausend Eventualitäten, die nach menschlicher Voraussicht ein Ausbleiben dieses Erfolgs hätten herbeiführen können, brauchen wir nicht aufzuzählen.

Also hier wie dort, und ebenso in allen andern denkbaren Fällen, kein Vorhersehn der Nothwendigkeit, nur Vorhersehn einer Möglichkeit, die weil sie gerade recht nahe liegt mit der Nothwendigkeit verwechselt wird. Und dieses Naheliegen der Möglichkeit

ist auch nicht geeignet als festes Kriter des Dolus oder auch nur § 29.
einer bestimmten Art des Dolus zu dienen, da es selber gar nichts fest begrenztes oder begrenzbares bezeichnet, jedem freigestellt werden muss darüber andrer Ansicht zu sein als andere. Ebensowenig darf man darauf geben, ob vielleicht der Handelnde selber Nothwendigkeit und Möglichkeit verwechselt hat: thäte man dies so würde man bei dem, der die eigenen Geisteskräfte richtig beurtheilt, weiss daß er nichts als nothwendig vorhersehn kann, nie vollen Dolus annehmen dürfen.

Mit der logischen Grundlage fällt Berners System der Schuldarten:

A. dolus,
  a) determinatus, mit dem Einsehn der Nothwendigkeit des Erfolgs, Nothwendigkeitsdolus; als Abart hievon d. alternativus (d. determ. alt.), wo von mehren Möglichkeiten eine als nothwendig vorhergesehn ist;
  b) d. indet. sive eventualis, mit der Voraussicht bloßer Möglichkeit des Erfolgs;
  c) Concurrenz von d. determ. und indeterminatus.

B. culpa,
  a) Frevelhaftigkeit, culpa mit dem Bewusstsein der Möglichkeit;
  b) Unvorsichtigkeit, ohne dies Bewusstsein.

Nach dem ausgeführten gibt es Fälle mit den von Berner geforderten Requisiten des d. det. (Voraussicht der Nothwendigkeit) gar nicht. Entweder also ist diese Rubrik des Schema mit einem Vacat, oder, wie Berner selber dies thut, mit Fällen zu erfüllen die nicht ohne Willkürlichkeit aus dem dem d. ind. zugewiesenen Gebiete zu erlesen sind. In der That also gäbe es nur Fälle des d. indet. aber eben diese Fälle könnten auch bei der Culpa als Fälle der Frevelhaftigkeit untergebracht werden. Die Gefahr

§ 29. dieser Verwirrung von bewusster Culpa und d. event. übersieht Berner nicht:

> Man könnte glauben daß sich dieser Zustand (Frevelhaftigkeit) nicht wesentlich vom d. ev. unterscheide, denn auch bei diesem werde ja nur die Möglichkeit, nicht die Nothwendigkeit vorhergesehn, und auch die Handlung des Frevlers lasse sich nicht denken ohne Einwilligung in den eventuellen Erfolg. Hierin irrt man sehr. Der in d. ev. Handelnde, der allerdings willigt in den schlimmen Erfolg ein, keineswegs aber der Frevelhafte. Jener würde die Handlung vielleicht auch ausführen wenn er der traurigen Folge mit Gewisheit entgegensehn müsste, dieser würde sie dann unbedenklich unterlassen. Hätte jener faule Knecht die Gewisheit gehabt der Heuboden werde in Flammen aufgehn, sicherlich wäre er dann nicht mit dem Licht hinaufgestiegen.

Wiederum eine Unterscheidung die eigentlich keine Unterscheidung ist. Die Gewisheit des Erfolgs kann der faule Knecht und jeder andre Frevler als Mensch nie haben; wie ein Mensch handeln würde wenn er entweder kein Mensch wäre oder ihm würde was keinem Menschen wird, darauf kann nicht wol viel ankommen. Doch liegt vielleicht ein auch bei Menschen zur Unterscheidung führendes Moment hierin. A (in dolo ev.) ist gleichgültig gegen den Erfolg den auch er nicht wünscht, B (der Frevler) ist nicht gleichgültig das Voraussehn des unerwünschten Erfolgs würde ihn vom Handeln abhalten, wenn ihm nicht die Möglichkeit als eine so gar geringe wenig wahrscheinliche erschiene. Darin liegt, was auch wir nicht unbeachtet lassen wollen, daß dem Frevler die Möglichkeit stets als sehr entfernte erscheinen muss, während wer in dolo ev. versirt dieselbe bald als näher als ferner liegende erkennen kann. Geben wir nun auch zu daß mit dem näher rücken der Möglichkeit dem Wachsen der Wahrscheinlichkeit des strafbaren verbrecherischen

Erfolgs auch die Schuld wachse, so ergibt sich daraus doch noch § 29.
keine sichere Unterscheidung; einmal weil ja auch dem Dolosen die Möglichkeit als eine fernliegende erscheinen kann, sodann weil zwischen naher und ferner Möglichkeit selber kein fester Unterschied zu machen ist. Es liegt aber weiter darin daß B durch das Wachsen der Wahrscheinlichkeit sich zurückschrecken lassen würde, A nicht ebenso. Genau genommen sagt Berner dies nicht, er wird uns aber verzeihen, wenn wir die Menschen zugängliche Wahrscheinlichkeit der unerreichbaren Gewisheit substituiren. A ist so fest in dem Verfolgen seines egoistischen Zwecks, daß die Aussicht auf den möglichen den Zwecken des Staates dem er unterthan zuwiderlaufenden Erfolg, nicht nur ihn vom gefährlichen Handeln nicht zurückhält sondern überhaupt ihn gar nicht erschüttert. Auf den B aber macht die Aussicht allerdings einigen Eindruck, nur darum wirkt sie nicht energischer, weil B auch die andere Möglichkeit vorhersieht, daß seine Handlung ohne den verbrecherischen Erfolg bleiben könne, und sich selber einredet diese nicht die schädliche Möglichkeit werde in Wirklichkeit übergehn. Daß die Bosheit des A die intensivere ist leuchtet ein, aber mit Rücksicht hierauf zwei verschiedene Schuldarten, nicht blos verschiedene Stufen derselben Schuldart anzunehmen, ist dennoch unzulässig. Darin stehn A und B gleich, daß sie egoistische Zwecke über die dem Staate schuldige Folgsamkeit setzen, daß sie frei willkürlich und wissentlich einen Schritt thun an den Folgen unaufhaltsam sich reihen können die den Staatszwecken direct zuwiderlaufen; A thut dies indem es ihm völlig gleich gilt ob er mit dem Staat in Opposition tritt oder nicht, ihn treibt nur sein Zweck, das Gefühl der Pflicht gegen den Staat hat keine Gewalt über ihn; B hat sich dieses Pflichtgefühls nicht ganz entschlagen, aber er läßt sich auch nicht ganz dadurch bestimmen, er unterläßt das wissentlich nicht was, wie er sieht, er pflichtgetreu unterlassen sollte, er thut damit was an ihm ist um in die Opposition zum Staate

§ 29. zu kommen, hofft aber daneben auf anderes allerlei was verhindern werde daß diese innerlich vollendete Opposition auch äusserlich hervortrete. Diese Hoffnung bezeichnet Morstadt sehr richtig als „frevelhaft unmächtigen Wunsch", sie ist kein kräftig entschuldigendes Moment, wesentlich ist nur daß A auf seine Pflicht dem Staat gegenüber gar nichts, B wenig gibt. Je mehr die Wahrscheinlichkeit vor den Augen des B wächst, daß der fragliche staatswidrige Erfolg eintreten werde, je weniger die Hoffnung daß er ausbleibe objectiven Anhalt hat, und je mehr sie also einem frivolen Sichselbstbeschwatzen sich nähert, desto näher wächst auch die Schuld des B an die des A heran. Bedenkt man ferner daß auch dem A die Aussicht auf die Möglichkeit des Nichteintretens des schädlichen Erfolgs nie ganz sich entziehen kann, so reducirt sich der Unterschied auf ein Minimum, so daß wenn man ihn theoretisch festhalten wollte ihm doch für die Praxis kein Werth zugesprochen werden könnte. Dem Richter müsste sonst zugemuthet werden daß er betreffs der in dem Handelnden lebendig aber wirkungslos gebliebenen Voraussicht des staatsfeindlichen Erfolgs genau ermittelte, warum sie unwirksam geblieben, ob weil das Vorausgesehene an sich den Thäter nicht abschreckte, oder weil die Voraussicht selber zu schwach war und daher die Wahrscheinlichkeit des an sich abschreckungskräftigen Erfolgs dem Thäter nicht nahe genug vorstellte. Es leuchtet ein daß in den meisten Fällen auf dies Entweder Oder als solches gar nicht zu antworten ist, daß vielmehr beide Momente einträchtiglich zusammengewirkt haben: der Thäter hat sich nicht durch die Voraussicht bestimmen lassen, weil ihm das Vorausgesehene nicht so schlimm, und weil es ihm nicht so wahrscheinlich erschienen ist. Und wenn wirklich es Fälle gibt, wo der nicht beabsichtigte vorhergesehene verbrecherische Erfolg dem Thäter so völlig gleichgültig ist, daß auch die aufs höchste gesteigerte Wahrscheinlichkeit des Eintretens desselben keinerlei Wirkung auf

ihn äussern würde, so scheinen diese doch dem Auge des Richters § 29.
nicht wohl erkennbar zu sein. Hypothetische Untersuchungen der Art, was X gethan haben würde wenn ihm dieser eingetretene Erfolg seiner Handlung den er vorgesehn nicht so unwahrscheinlich sondern um soviel wahrscheinlicher gewesen wäre, können kaum je zu sicherem Resultat führen, nur unter allerglücklichsten Umständen. Soll aber der Unterschied von Dolus und Culpa von praktischer Wichtigkeit, zunächst für das Strafmaß sein, so darf derselbe nicht abhängig sein von etwas nur unter den allerglücklichsten Umständen ersichtlichem, da sonst eine gerechte Bestrafung auch nur unter diesen allerglücklichsten Umständen möglich sein würde. So gern ich also den Scharfsinn Berners anerkenne, der einen Punkt herausgefunden von dem man dem Zusammenfliessen von dolus (event.) und culpa (aus Frevelhaftigkeit) zu wehren mit einigem Schein versuchen kann, so erscheinen doch auch die von ihm gewonnenen Resultate durchaus nicht als befriedigende.

Noch in anderer Beziehung ist Berners Verdienst unbestreitbar. In der Imputationslehre gebraucht er den auch von anderen beliebten unbestimmten Ausdruck, „der Handelnde wolle den Erfolg“ oder „die Möglichkeit des Erfolgs“, aber er verbindet hiemit einen festen Gedanken und spricht diesen in zweifelloser Form aus: „Bestimmte Absicht, Nothwendigkeitsdolus [also auch Wollen des Erfolgs] ist auch dann vorhanden, wenn dem Handelnden nicht nur nichts an dem Erfolge liegt, sondern wenn er ihn auch gern vermieden hätte, dabei aber die Nothwendigkeit des Eintretens bei seiner Handlung einsah“. Auch bei dem d. ind. noch soll der Erfolg gewollt sein, obgleich der Thäter hier nur „die bloße Möglichkeit“ vorhergesehn haben soll. Also das Vorhersehn ist das entscheidende, habe ich den Erfolg vorhergesehn und im vorhersehn gehandelt, so habe ich ihn gewollt. So Berners Imputationslehre, der wir in dieser Beziehung gern zustimmen.

§ 29. Auf die Modification, welche diese Auffassung durch das von Berner bei der bewussten Culpa hervorgehobene Kennzeichen erfährt, wovon so eben gesprochen ist, brauchen wir nicht wieder einzugehn.

Der Ausdruck ist in Berners Lehrbuch nicht besser und zweifelloser als in der Imputationslehre.

§ 95: Absicht heisst der Wille in seiner Richtung auf den verbrecherischen Erfolg.

1) Beabsichtigt der Handelnde unbedingt das Eintreten des Erfolgs, so ist seine Absicht d. determ.

2) Beabsichtigt der Handelnde den Erfolg nur bedingt (eventuell) so ist seine Absicht d. indeterm. s. eventualis.

3) Reihen sich mehre Erfolge derselben Handlung an einander, von denen der nähere unbedingt der fernere nur bedingt beabsichtigt wurde, so treffen d. det. und d. ind. zusammen.

§ 97: In der Regel setzt das Verbrechen Absicht voraus. Die Bestrafung bloßer Fahrlässigkeit bildet die Ausnahme.

§ 98: Arten der Culpa:

1) Frevelhaftigkeit (luxuria) ist diejenige Fahrlässigkeit bei der das Bewusstsein der Möglichkeit des unbeabsichtigten verletzenden Erfolgs obwaltete. Sie grenzt zunächst an den d. eventualis.

2) Unvorsichtigkeit heisst die Fahrlässigkeit wenn das Subject zwar kein Bewusstsein von der Möglichkeit des eingetretenen bösen Erfolgs hatte, ein solches aber bei gehöriger Aufmerksamkeit haben konnte.

Dann ist noch vom Zusammentreffen von Fahrlässigkeit und Unvorsichtigkeit, wie vom Zusammentreffen von Dolus und Culpa die Rede. Aus der Beschreibung der Frevelhaftigkeit sehen wir, ein Erfolg kann bei der Handlung vorhergesehn, und doch nicht

beabsichtigt, nicht gewollt sein. Zur Frevelhaftigkeit bemerkt Ber- § 29.
ner im Lehrbuch:

> Sie ist selbst kein Dolus. Eine reine Thatfrage ist es ob in diesem oder jenem Falle bei dem Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolgs noch Abwesenheit der Absicht angenommen werden könne.

D. h. ob das, was die Absicht mehr erfordert als Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolgs bei der Handlung, im einzelnen Falle vorhanden oder nicht, ist quaestio facti; aber was die Absicht von diesem einfachen Vorhersehn beim Handeln auszeichnet, das darf allgemein gefragt werden. Und auf diese Frage vermisse ich die bestimmte Antwort im Lehrbuch. Da aber Berner ein Abweichen von dem bestimmten wesentlichen Inhalt seiner Imputationslehre weder im Lehrbuch noch früher in der „Theilnahme" ausdrücklich ausgesprochen hat, so werden wir ihm nicht unrecht thun wenn wir den weniger bestimmten Ausdruck des Lehrbuchs nach den Ausführungen der „Imputationslehre" auslegen, und also insbesondere annehmen daß auf den Erfolg gerichteter Wille, oder Absicht, bei dem Handeln mit Voraussicht der Möglichkeit des Erfolgs dann, aber auch nur dann nicht vorhanden ist, wenn die zum Maximum gesteigerte Wahrscheinlichkeit der Voraussicht den Thäter von der Handlung abgeschreckt haben würde.

Was die äussere Abtheilung und Zusammenordnung anlangt, so steht Heffter (Lehrbuch des Strafrechts 6. Aufl.) nicht fern von Berner. Drei Abarten des Dolus:

a) der bestimmte einfache Vorsatz,

b) der bestimmte mannigfache Vorsatz, d. determinatus compositus s. multiplex, d. alternativus,

c) der eventuelle Dolus.

Zwei Arten der Culpa:

§ 29. I. Fahrlässigkeit oder Frevelhaftigkeit,

II. Nachlässigkeit oder Unbedachtsamkeit.

Einfacher noch gliedert sich Marezolls Lehre (Criminalr. 3. Ausg.). Beim Dolus liegt „die strafbare Schuld in dem widerrechtlichen auf die Begehung des Verbrechens gerichteten Willen". Daß uns diese Definition der Schärfe zu ermangeln scheint, ist hier nicht näher auszuführen. Abtheilungen dieses Dolus verwirft Marezoll:

> Für den Begriff des Criminaldolus ist es ganz gleichgültig ob des Thäters Absicht lediglich auf die Verübung dieses bestimmten producirten, oder alternativ, oder wenigstens eventuell auf die Begehung dieses oder eines andern Verbrechens, wie es sich nun gerade treffen würde gerichtet war.

Bei der Culpa soll der Thäter das verübte Verbrechen nicht haben begehen wollen, während ihm eine Fahrlässigkeit welcher das Verbrechen seine Entstehung verdankt zur Last fällt. Auch die Bedeutung des Unterschieds von bewusster und unbewusster Culva wird hier noch geleugnet:

> Einerlei ist worin diese Fahrlässigkeit besteht, ob namentlich darin daß der Thäter an den verbrecherischen Erfolg, den seine Handlung haben konnte oder musste, leichtsinnigerweise gar nicht gedacht hat, oder darin daß er zwar daran gedacht, aber leichtsinnigerweise mit Sicherheit darauf gerechnet hat, daß der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg doch nicht eintreten werde.

Mit Dolus und Culpa ist übrigens die criminalistische Schuld erschöpft, auf jene oder diese

> lässt sich jedes Criminalverschulden zurückführen. Ja es ist überhaupt eine von jenen beiden verschiedene dritte Mittelart von Verschulden nicht einmal denkbar.

Hinsichts des Ausgangspunktes nähert sich Luden (Handbuch § 29.
des Strafrechts) der Theorie Berners. Auch Luden legt den Nachdruck auf das Vorhersehen des Erfolgs, auf die Vorstellung die der Handelnde von der Einwirkung seiner Handlung auf die Aussenwelt sich macht:

> § 33: Die verbrecherische Willensbestimmung ist der Wille eine verbotene Handlung zu begehn. Dieser Wille besteht in der Entschliessung zu derjenigen Handlung, welche die in dem Verbote genannte ist. Daraus ergeben sich zwei Erfordernisse der verbrecherischen Willensbestimmung: zuvörderst die Vorstellung daß die Handlung zu welcher man sich entschlossen eine bestimmte Handlung werden, einen gewissen Erfolg haben, oder eine gewisse Einwirkung auf die Aussenwelt hervorrufen werde; zweitens wirkliche Rechtswidrigkeit dieser Entschliessung, in dem Sinne daß die Handlung, zu der man sich entschlossen, dem objectiven Recht wirklich zuwider oder daß sie verboten ist.
>
> Die Vorstellung die Handlung, zu welcher man sich entschlossen, werde einen gewissen Erfolg haben, ist die Vorstellung daß zwischen jener Handlung und dem Erfolg Causalzusammenhang stattfinde — der Wille besteht nur darin daß man sich zu einer Handlung entschliesst, von welcher man sich vorstellt, sie werde einen gewissen Erfolg, oder eine gewisse Einwirkung auf die Aussenwelt hervorbringen.

Bis hierhin kann man an eine gewisse Uebereinstimmung der Ludenschen Auffassung mit Berners oder auch mit unseren Anschauungen glauben. Aber bald werden wir eines andern belehrt:

> § 34: Die verbrecherische Willensbestimmung hat zwei Arten, die von der Verschiedenheit herkommen, in welcher die zu

§ 29. ihr gehörige Vorstellung von dem Causalzusammenhange möglich ist. Diese Vorstellung ist in doppelter Weise möglich, je nachdem sie den Causalzusammenhang zwischen der Handlung, zu welcher man sich entschlossen, und der im Verbote gemeinten Handlung entweder als bestimmt vorhanden, oder je nachdem sie ihn nur als möglicherweise vorhanden annimmt. Wenn die Vorstellung darin besteht, daß der Causalzusammenhang bestimmt stattfinde, so ist auch der Wille mit Bestimmtheit darauf gerichtet die verbotene Handlung hervorzubringen. Der Wille ist alsdann Absicht Vorsatz Dolus, der stärkste Grad der verbrecherischen Willensbestimmung. [Anders] wenn man sich zu einer Handlung entschliesst, von welcher man sich vorstellt daß man mit derselben möglicher Weise die verbotene Handlung hervorbringen werde. Aber der Wille ist in diesem Falle nicht Absicht, sondern nur Fahrlässigkeit culpa, und der minder starke Grad der verbrecherischen Willensbestimmung.

Dolus bei bestimmtem Vorhersehn des Erfolgs der Einwirkung auf die Aussenwelt, Culpa bei dem unbestimmten nur als möglich Vorauserkennen, ohne das Voraussehn keine Culpa; also überall keine unbewusste Culpa Unbedachtsamkeit Unvorsichtigkeit, also keine Arten der Culpa, aber auch keine Arten des Dolus, kein unbestimmter dolus der weiter in d. altern. und d. event. zu theilen wäre, auch keine culpa dolo determinata als besondere Art der verbrecherischen Willensbestimmung, nur dolus und culpa die ohne weitere Theilung das Gebiet der verbrecherischen Willensbestimmung allein erfüllen.

Dies Resultat empfiehlt sich durch Einfachheit und anscheinende Praecision, und doch steht Luden mit diesen Annahmen, weiter entfernt von der Menge unserer Criminalisten als leicht ein anderer. Nur die wie Zerbst (Arch. des Cr. Rs. N. F. 1856:

Ueber den Begriff des culposen Verbrechens) die Strafbarkeit der § 29.
Culpa ganz leugnen, können ihm sich nähern. In der großen Mehrzahl aber sind wir von der Strafbarkeit auch der s. g. unbewussten Culpa, der Unvorsichtigkeit so durchdrungen, daß wir von vornherein eingenommen werden gegen eine Theorie die diese leugnet. Wie fast alle andern Criminalisten geht Luden von keinem scharf begrenzten Begriff der Handlung aus; das zeigt sehr deutlich der schon citirte Ausdruck,

> Causalzusammenhang zwischen der Handlung, zu welcher man sich entschlossen, und der im Verbote gemeinten Handlung.

Ein Causalzusammenhang findet nur zwischen der Handlung (Bewegung des Thäters) und ihrem Erfolge statt, der aber als Erfolg nicht mehr Theil der Handlung ist. Bei „der im Verbote gemeinten Handlung" ist an das ganze Verbrechen (Handlung sammt Erfolg) gedacht, aber hievon ist die „Handlung zu der man sich entschlossen" nicht Ursach sondern Theil; eben als Theil kann sie nicht zugleich Ursach sein von dem wovon sie Theil ist, da sie sonst auch Ursach von sich selber sein müsste. — Auch die „Bestimmtheit der Vorstellung, die in Beziehung auf den Causalzusammenhang zwischen der Handlung zu welcher man sich entschlossen und der verbotenen Handlung statt findet", ist kein genau bestimmter Begriff. Wir können den Causalnexus nie im voraus so genau durchdringen, um jetzt schon das Eintreten des Erfolgs als eines nothwendigen vorherzuwissen, und von dem möglichen Erfolge können wir im voraus nie ein völlig zutreffendes und scharfes Bild uns machen. Die „Bestimmtheit" der Vorstellung ist also nur eine relative Bestimmtheit, richtiger eine nicht allzu vage Unbestimmtheit. Unterscheiden können wir nur zwischen größerer und geringerer „Unbestimmtheit der Vorstellung"; wo aber ist zwischen diesen die feste Grenzlinie zu finden? wie dürfen wir danach dolus und

§ 29. culpa zu unterscheiden unternehmen? Also können wir die einzige Schranke, die Luden noch aufrecht erhalten, auch fallen lassen: kein dolus keine culpa, nur Eine Art verbrecherischer Willensbestimmung.

Mit unserer Theorie möchte wenn dies zugegeben würde die Ausgleichung doch nicht unzulässig erscheinen. Es käme nur darauf an dem Ausdruck „Willensbestimmung" so engen Sinn zuzuweisen daß daneben eine strafbare „Gemüthsthätigkeit" oder „Unthätigkeit" wie sie der „Unvorsichtigkeit" zu Grunde liegt platz fände; sodann einzuräumen daß die Eine Art der verbrecherischen Willensbestimmung einige Zusätze verträgt, die kein Heraustreten aus der Art wol aber eine Unterscheidbarkeit der verschiedenen Species derselben Art bewirken.

Weniger einfach als die Ludenschen, aber doch auch nicht so bunt wie sie zuerst erscheinen sind die Resultate der Zurechnungslehre in Köstlins System (vgl. Beil. I). Die Culpa begrenzt Köstlin in der Hauptsache ebenso wie wir, er beschränkt den Begriff auf die „reine culpa welche von der neueren Doctrin bald als culpa remota bald als mittelbare oder unbewusste Fahrlässigkeit bezeichnet wird". Zum Dolus führen dann zwei Mittelstufen über: a) luxuria Frevelhaftigkeit mit dem Bewusstsein der objectiven Natur der Handlung, unterschieden „von der Absicht (dolus) dadurch, daß der Handelnde gerade die Consequenz jener objectiven Natur der Handlung zu vermeiden hofft", b) impetus bei dem Handeln im Affect. „Im ersten Falle liegt der mögliche rechtsverletzende Erfolg einer an sich gefährlichen Handlung im Wissen aber nicht im Wollen. Im letzteren dagegen liegt der unvermeidliche Erfolg einer an sich rechtswidrigen Handlung im Willen, aber nicht d. h. nicht deutlich im Wissen". Endlich eine der Bernerschen ähnliche Zerlegung des dolus:

a) erkennt der Handelnde sämmtliche Bedingungen aus denen

nach dem naturgesetzlichen Verlauf die beabsichtigte Wirklich- § 29.
keit hervorgehn muss als vorhanden, d. h. er sieht die Nothwendigkeit des Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein (mag ihm nun an dem Erfolge specifisch gelegen sein oder nicht) — directe Absicht;

b) er erkennt daß der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen weiteren Bedingungen abhängt, deren Eintreffen blos möglich (zufällig) ist, gibt aber zu ihrem wirklichen Eintritt eventuell seine Zustimmung — eventuelle Absicht;

c) beides kann endlich zusammentreffen, d. h. der Handelnde beabsichtigt einen bestimmten Erfolg, sieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern Erfolgs ein, und willigt in diesen für den Fall seines Eintritts eventuell ein.

Ausgezeichnet durch das Streben nach einfachen und praktisch brauchbaren Resultaten ist Krugs Abhandlung Ueber Dolus und Culpa (Leipzig 1854). Krug scheidet die Culpa mit Berners Ausdruck in Unvorsichtigkeit und Frevelhaftigkeit, eigen aber ist ihm die Abgrenzung der Culpa und zwar der Frevelhaftigkeit wider den Dolus, die durch die Wahrscheinlichkeit bestimmt werden soll. Culpa so lange nur die Möglichkeit des Erfolgs von dem Thäter erkannt wird, Dolus wenn dieser die „Wahrscheinlichkeit bedacht" hat. Wahrscheinlichkeit ist subjective Gewisheit die keine Grade hat; entweder wir sind überzeugt oder wir sind nicht überzeugt; die Erfolge, von deren Eintreten wir überzeugt waren, werden uns als beabsichtigte zugerechnet, was wir nur als möglich und nicht wahrscheinlich vorhergesehn fällt in den Bereich der Culpa.

So werden dolus und culpa unterschieden, zwischen beide wird dann aber als Mittelstufe, freilich nur bei wenigen Verbrechen, der dolus generalis gestellt. Es beweist den praktischen Takt Krugs, daß er sowol das Gebiet wie die Wirkungskraft

§ 29. dieses Mitteldolus möglichst genau zu bestimmen sucht. Hält man übrigens daran fest, daß das Vorhersehn des Erfolgs als eines wahrscheinlichen maßgebend ist für die Unterscheidung von dolus und culpa, so ist dieser s g. d. generalis eine Abart der culpa (im Sinne Krugs), die von dieser abgezweigt zu einer höheren Schuldstufe erhoben und mit dem Namen des dolus belehnt ist. Voller Dolus, d. directus (determinatus) bestimmte Absicht wird angenommen, einmal wo der eingetretene Erfolg speciell bezweckt worden, sodann wenn der Erfolg als nothwendig vorhergesehn:

> S. 29: daß in dem Voraussehn des Erfolgs als [nothwendiger] Folge der Handlung das Wollen desselben eo ipso enthalten sei, und daß dieses Wollen der Folgen als solcher zwar begrifflich von dem Bezwecken verschieden sei daß es aber dem Bezwecken gleichstehe und eine verschiedene rechtliche Beurtheilung auf diesen Unterschied nicht gegründet werden könne.

Diesem als nothwendig Vorhersehn wird in dem darauf folgenden das als wahrscheinlich Vorhersehn gleichgestellt:

> dann müssen wir das Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit ganz ebenso behandeln wie das der Nothwendigkeit.

Also auch beim Vorauserkennen des wahrscheinlichen Erfolgs voller Dolus (vgl. auch S. 35). Dolus generalis, dem d. specialis gegenüber gesetzt als niedere Schuldstufe, kann also nur da angenommen werden, wo nicht der eingetretene Erfolg bestimmt und ausschliesslich bezweckt, noch als nothwendig oder auch nur wahrscheinlich vorausgesehn worden ist. Vor der culpa aber soll dieser d. generalis sich auszeichnen durch den animus nocendi, die Absicht zu schaden, so oder so gleichviel, unter anderem auch so gerade wie der Erfolg eingetreten ist. Dolus cum objecto generali, ausgehend auf den Zweck Schaden zu wirken, nicht ganz unbestimmt

aber auch nicht so bestimmt wie der d. specialis; die Erfordernisse § 29.
im einzelnen werden S. 40 f. ausführlich besprochen.

So lehrreich die Ausführungen sind, die Resultate können wir nicht zu den unseren machen. Auch von andern Seiten hat Krug viel Anerkennung und wenig Zustimmung gefunden, sehr entschieden ist ihm Herrmann in der mehrfach citirten Abhandlung (Arch. N. F. Jg. 1856, besonders S. 450 f.) entgegengetreten. Daß wir nirgends einen Erfolg als absolut nothwendig voraus-erkennen können ist Krug geneigt anzuerkennen, mit Rücksicht darauf gibt er so viel auf die subjective vermeintliche Gewisheit, die Wahrscheinlichkeit. Er gibt zuviel hierauf, und irrt wenn er meint so eine feste Grenzlinie des dolus zu finden.

> Die Kenntnis kann mehr oder minder vollständig sein, und insofern hat die objective Wahrscheinlichkeit allerdings Grade, und zwar unendliche. Allein zuletzt nennen wir denn doch auch hier nur das Resultat „wahrscheinlich", zu welchem wir durch jene Kenntnis gelangen, und welches unsere subjective Gewisheit, unsere Ueberzeugung bildet. Diese aber hat keine Grade. Entweder wir sind überzeugt oder wir sind es nicht, wir halten den Erfolg für wahrscheinlich oder für unwahrscheinlich.

Zugestanden daß subjective und objective Wahrscheinlichkeit unterschieden werden können, obgleich auch die objective Wahrscheinlichkeit nie ohne einen Zusatz von Subjectivität bestehn mag, daß subjective Gewisheit keine Grade hat, sowenig wie die objective, zugestanden dasselbe von der Ueberzeugung allenfalls, aber von der subjectiven Wahrscheinlichkeit nicht, denn die subjective Wahrscheinlichkeit ist von der subjectiven Gewisheit weit entfernt, wie die objective Gewisheit von der objectiven Wahrscheinlichkeit, auch nicht zugestanden daß von der subjectiven Gewisheit (Krugs Wahr-

§ 29. scheinlichkeit) aus die Grenzlinie zwischen dolus und culpa zu ziehen sei.

Subjective Wahrscheinlichkeit fällt nicht mit subjectiver Gewisheit in Beziehung auf künftige Ereignisse zusammen. Unter subjectiver Gewisheit verstehen wir zunächst den Glauben einen Erfolg mit Nothwendigkeit vorherzusehn. Wir haben davon schon oben gehandelt und müssen hier darauf zurückkommen. Manche Menschen glauben bei ihren Handlungen wol Erfolge so sicher vorhersehn zu können, als ob Göttliche Allmacht in sie gefahren wäre. Wer aber durchdrungen ist von dem Bewufstsein der eigenen Gebrechlichkeit und Kurzsichtigkeit, für den existirt diese subjective Gewisheit gar nicht; er weiß daß er nichts mit Nothwendigkeit vorhersehn kann, und glaubt darum auch nichts zukünftiges als nothwendig zu erschauen. Soll ihn darum nichts mehr wahrscheinlich dünken? In der Epidemie sterben von 100 Kranken 20. Vom Patienten der im Augenblick nicht leichter nicht schwerer darniederliegt als tausend andre, darf der Arzt nicht sagen es sei wahrscheinlich daß er gerettet werde, aber gewis sei es freilich nicht? Eingeschifft nach Amerika kann es mir sehr wahrscheinlich sein ohne Schiffbruch anzukommen, ohne daß ich mir die Möglichkeit des Gegentheils verhehle. Oder sollte subjective Gewisheit in anderm Sinne, überall da anzunehmen sein wo die s. g. objective Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines Erfolges eine größere zu sein scheint als die Wahrscheinlichkeit des Nichteintretens? Aber bei dieser subjectiven Gewisheit (subj. Wahrscheinlichkeit) liessen sich wol auch Grade denken? Es wäre mir wahrscheinlich eine Niete zu ziehn wenn ich wüsste daß Nieten zu Treffern sich verhalten wie 3 zu 2, viel wahrscheinlicher aber noch da wo 30 Nieten auf einen Treffer kommen, im ersten Falle wäre ich subjectiv gewis, im zweiten subjectiv gewisser. Daß dies nicht Krugs „subjective Gewisheit" ist, zeigt sich aber auch darin: unzählige Fälle gibt es wo

niemand von dem zukünftigen Erfolge sagen kann ob er ihm wahr- § 29.
scheinlich oder unwahrscheinlich erscheint, weil er nur das klar sieht, daß er die Zahl der Nieten und Treffer nicht zu übersehn vermag. Wie sollten diese Erfolge, bei denen ersichtlich nicht festzustellen ist ob sie objectiv wahrscheinlich sind oder nicht, zur fraglichen subjectiven Gewisheit sich verhalten? Nehmen wir an daß hinsichts derselben doch noch subjective Gewisheit bestehn könne, so verstoßen wir gegen die Definition; und doch können wir nicht leugnen daß oft ein Ereignis dessen Wahrscheinlichkeit wir nicht zu berechnen vermögen, uns wahrscheinlicher gelten mag als ein anderes, bei dem wir 5 günstige gegen 4 ungünstige Elemente wirken sehn.

Nur wenig ist hier noch anzuführen um die Unhaltbarkeit der Krug schen Principien zu erweisen. Subjective Gewisheit in dem ersten einzig berechtigten Sinne, kennt allerdings keine Grade, ist aber zur Bestimmung von dolus und culpa nicht zu benutzen, weil sie überall nur bei denen vorkommen kann, die über ihr eigenes Sehvermögen sich teuschen. Subjective Wahrscheinlichkeit aber, die in ebenso vielen Schattirungen sich zeigen kann wie die objective, ist darum nicht zu Grunde zu legen, weil der Uebergang des Wahrscheinlichen in das Unwahrscheinliche sich nicht auf einen Punkt fixiren läſst, in vielen Fällen der vorausgesehene Erfolg dem Thäter weder wahrscheinlich noch unwahrscheinlich gewesen sein mag. Halten wir zusammen daß die Voraussicht einer Nothwendigkeit als solche bei Menschen überall nicht vorkommt, und daß die Begrenzung des bestimmten Dolus von dem Standpunkte der subjectiven Gewisheit oder von dem der Wahrscheinlichkeit aus nicht durchzuführen ist, so müssen wir Krugs d. specialis entweder beschränken auf die Fälle wo der eingetretene Erfolg bestimmt bezweckt war, oder ausdehnen, so weit wie unsere Theorie dies thut, so daß er überall anzunehmen ist wo der Erfolg als ein

§ 29. möglicher vorhergesehn war. Diese zweite Annahme dürfte Krugs Ansichten wenig entsprechen, da alsdann der d. specialis ausser dem Gebiete des d. generalis auch das Feld der Frevelhaftigkeit verschlingen müsste. Die erste Annahme aber widerstreitet gleichfalls Krugs oben angeführten Auslassungen direct; für den d. generalis bliebe Raum genug, und der Frevelhaftigkeit müssten die Fälle zugewiesen werden die Krug gegen dieselbe nicht genügend abgegrenzt hat. Dolus nur wenn der Erfolg bezweckt ist, d. specialis wenn die Absicht nur auf den Erfolg, d. generalis wenn sie auf den weiteren diesen Erfolg mitumschliessenden Begriff des Schadens gegangen. Culpa stets bei nicht bezwecktem, Frevelhaftigkeit als schwerere Abart derselben bei vorhergesehenem nicht bezwecktem Erfolge, auch bei dem als wahrscheinlich vorhergesehenen sobald er nicht bezweckt wäre. Das ist aber augenscheinlich nicht Krugs Meinung, denn es könnten hiernach Fälle die Krug selber dem d. specialis zuweisen will, mit geringerer Strafe (der culpa) zu belegen sein, als wenn sie dolo generali verübt wären. — Soviel ist unabweisbar: lässt sich von der subjectiven Gewisheit und von der Wahrscheinlichkeit der Voraussicht keine genügende Begrenzung des dolus non generalis gewinnen, so sind Krugs Constructionen auch hinsichts des d. generalis nicht aufrecht zu erhalten; mag man sie wenden und auslegen wie man will und kann, man stößt auf Widersprüche. Wäre jene Abgrenzung möglich, so wäre damit doch die Richtigkeit der Annahme des d. generalis als mittlere Schuldstufe noch nicht erwiesen, vielmehr würde dann der von Herrmann gemachte Einwurf, daß Krugs „Ansicht eine Vermengung des Begriffs der Schuldart mit den innerhalb einer Schuldart vorkommenden Größenabstufungen" enthalte, reiflichst zu erwägen sein. Vor der Frevelhaftigkeit hätte der d. gener. nur die den Schaden, und zwar nicht Schaden allgemein, sondern einen dem eingetretenen gleichartigen nur quantitativ nicht

scharf begrenzten Schaden bezweckende Absicht (animus nocendi) § 29.
voraus. Nach dem was oben über die Bedeutung der Absicht ausgeführt ist, müssen wir bestreiten daß eine derartige Absicht so durchgreifend wie Krug verlangt als unterscheidendes Moment wirken könne.

Sehr schätzenswerth ist auch Herrmanns wiederholt genannte Abhandlung Ueber Absicht und Vorsatz und über unbestimmte und indirecte Absicht insbesondere (Arch. N. F. Jg. 1856). Wir freuen uns der Uebereinstimmung in vielen Einzelheiten, z. B. in der Negation daß „bei menschlichen Handlungen ein Bewusstsein der Nothwendigkeit des Erfolgs möglich" sei; in dem Verwerfen der von anderen angenommenen mittleren Schuldarten, Krugs d. generalis, Köstlins luxuria und impetus, wobei wir dann freilich darin wieder auseinandergehn, daß die luxuria bei Herrmann zur culpa, bei mir zum dolus fällt. Höchst erfreulich auch wie Herrmann einzelne richtige Elemente in den Ausführungen seiner Vorgänger, denen er im allgemeinen entgegentritt, hervorhebt und anerkennt. Daß wir in der Hauptsache nicht zum selben Ziele gelangen, ist bedingt durch die Verschiedenheit der Begriffe „Vorsatz" und „Absicht" von denen wir ausgehn, und diese wieder Folge der divergenten Anschauungen von der Entwicklung des dolus im handelnden Subject. Sind Vorsatz und Absicht wie Herrmann sie gebraucht wahre der menschlichen Thätigkeit entsprechende und zugleich praecis abgegrenzte Begriffe, was ich leugne, so mag ein unbestimmter dolus neben den bestimmten zu setzen sein, bei welchem d. indeterm. die Unbestimmtheit auf die Absicht nicht den Vorsatz sich bezieht, und die unbestimmte Absicht durch einen bestimmten Vorsatz gedeckt wird:

Unbestimmter Dolus ist nur in dem Sinne einer unbestimmten Absicht nicht in dem eines unbestimmten Vorsatzes mög-

§ 29. lich; eine unbestimmte Absicht kann nur und soweit Dolus sein als es auch am Vorsatz nicht gebricht.

Ist aber unsere Analyse des dolus richtig, sind Wissen und Wollen die zu sondernden Elemente, Willen und Handlung in dem stricten Sinn zu gebrauchen den wir vertheidigt haben, so entschwindet Herrmanns Constructionen der Boden auf dem sie beruhen. Seine Definitionen von Vorsatz und Absicht sind schon oben beleuchtet; alle weitere Polemik darf der augenscheinlichen principiellen Differenz wegen unterbleiben.

Wir kommen zu einer Theorie, die bei durchgreifender Verschiedenheit doch hinsichts der Grundlagen wie der Resultate, näher an die unsrige herantritt als irgend eine andre. Temme hat in seinen späteren Schriften immer größeren Eifer auf klare Darlegung der Zurechnungslehre verwandt. Am gelungensten ist die Entwicklung in dem neuesten umfassenden Werke, dem Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts (vgl. § 36—38, und § 53—61):

> Nur die Handlung, die aus dem Willen des Thäters hervorgegangene That, wird gestraft. — Der Wille ist die freie Selbstbestimmung des Menschen zu einer Einwirkung in die äussere Sinnenwelt durch seine in Thätigkeit zu setzenden Kräfte.

Unter dem Willen verstehn wir bald die Kraft, bald den einzelnen Act dieser Kraft. Die „freie Selbstbestimmung" ist ein solcher Act. Wie weit reicht diese Selbstbestimmung? Nicht weiter als die „in Thätigkeit zu setzende Kraft" d. h. als die geistigen und körperlichen Bewegungen des Menschen, der menschlichen Kräfte. Soweit bestimmt der Mensch, darüber hinaus nicht. Was irgend ich durch meine Kräfte ausser mir wirke, ich habe es nicht bestimmt nur mitbestimmt; andres ausser mir gelegenes hat auch mitbestimmend gewirkt, ohne dies andre hätte ich den Erfolg nicht gewirkt, darum habe ich ihn auch nicht bestimmt so wie ich meine Bewegungen be-

stimme, d. h. allein bestimme, so daß ich nichts mitbestimmendes § 29.
anzuerkennen habe. Schon den Ton, den ich von mir gebe, bestimme ich nicht allein, die Luft in ihren Verhältnissen bestimmt neben mir, fehlt die Luft ganz so erklingt kein Ton. Also genau gesprochen bestimme ich mich selber nicht zur äusseren Einwirkung, sondern nur zu der diese Wirkung nach sich ziehenden Handlung (Körperbewegung). Bei dieser Selbstbestimmung kann ich die Voraussicht dieses Erfolges haben, ich kann gerade der Voraussicht wegen mich selbst bestimmen.

> Diese Selbstbestimmung setzt die Erkenntnis voraus, daß die Thätigkeit die Einwirkung zum Erfolg habe, daß sie eine That hervorbringen werde. Die so gewollte That ist Handlung.

Darin liegt der Fehler, daß Temme statt der Thätigkeit die That (Thätigkeit + Erfolg) Handlung tauft; das nächste Versehen, daß er diese Handlung als Einheit betrachtet, und also gleiche Beziehungen des Willens zur Thätigkeit wie zu dem Erfolge, zu dem der Wille als Kraft der Selbstbestimmung in gar keiner unmittelbaren Beziehung stehen kann, annehmen muss.

> In dem Willen des Handelnden sind also wesentlich zwei Elemente zu unterscheiden: die Erkenntnis daß durch die Thätigkeit der Kräfte ein gewisser Erfolg entstehen werde, und das Streben diesen Erfolg herbeizuführen.

Die Versehn häufen sich. Dem Willen wird ein Erkennen und ein Streben zugeschrieben, was beides ausserhalb seines Bereichs liegt. Der Wille als Vermögen der Selbstbestimmung kann nichts selber erkennen nur andre erkennende Kräfte in Bewegung setzen. Der Wille strebt auch nicht, er handelt, was er bewegen kann bewegt er, was er nicht bewegen kann was ihm entzogen ist strebt er auch nicht zu bewegen. Aber der wollende Mensch kann erkennen und streben. Neben das Wollen muss also ein Erkennen und nach

§ 29. Temme auch ein Streben treten, wobei dann die Frage nahe liegt, wie sich dies Streben kund gebe bevor das Handeln in der Voraussicht des Erfolgs begonnen hat.

> Der Einwirkung auf die Sinnenwelt muss eine innere Thätigkeit im Menschen voraufgehn. Der Mensch muss sich bewusst werden ob sein Handeln Recht oder Unrecht sein werde. Er muss dann zwischen Thun und Lassen wählen und endlich hiemit durch eine Entscheidung für das Eine oder für das Andere zum Abschluss mit seiner innern Thätigkeit kommen. So entsteht der Entschluss zur That. Durch diesen Entschluss zur That setzt er die That als die von ihm vorzunehmende Einwirkung vor sich hin, weshalb man ihn auch Vorsatz nennt. Vorsatz ist also die fertig gewordene die abgeschlossene Selbstbestimmung zur That.

Es wäre wol angemessen gewesen hervorzuheben, daß dieser Vorsatz nie vor, stets nur in dem Zeitpunkt der Handlung vorhanden sein kann; bis zur Handlung ist der Entschluss kein definitiver, der Abschluss nur ein scheinbarer vermutheter, erst die Handlung gibt die Gewisheit daß die Berathung zu Ende geführt ist. Andererseits ist es keine Selbstbestimmung die einstweilen noch nichts bestimmt, nur zu bestimmen sich vorsetzt. Jede Handlung muss auf einen gegenwärtigen Willensact (Selbstbestimmung) sich zurückführen lassen, in der Zeit zurück liegende Willensacte können nicht als die bestimmenden Momente später nachfolgender Handlungen gelten.

> Der verbrecherische Vorsatz ist der entschlossene Wille eine bestimmte als strafbar erkannte Handlung, ein als solches erkanntes Verbrechen zu begehn, zu der That zu schreiten.

Aber der „entschlossene Wille" schreitet sofort zur That, ein Wille der unthätig vor der Handlung stände wäre kein wirklicher Wille. Das Bedenken Berathen das der Handlung voraufgeht, ist wol

auch ein Gewolltes eine Handlung, aber wie es eine andere Handlung ist als die aus diesem Berathen hervorgehende verbrecherische Handlung, ebenso ist auch der dieses Vorberathen bestimmende Willensact nicht der eigentlich verbrecherische Willens- (Selbstbestimmungs-) Act, der vielmehr erst mit der verbrecherischen Handlung ins Leben tritt. § 29.

Eine Annäherung an unsere Theorie tritt vornehmlich in der Auslassung hervor:

> Nach der Natur des Willens ist zweierlei zum verbrecherischen Vorsatze, mithin auch zu einem Verbrechen aus Vorsatz erforderlich:
>
> 1) Der Handelnde muss **erkennen** daß sein Handeln den gesammten Thatbestand des Verbrechens herstelle, also an sich ein verbrecherisches sei;
>
> 2) er muss **in dieser Erkenntnis sich zu der Handlung entscheiden.**

Wie wir verwirft **Temme** die Eintheilungen des Dolus. Aber freilich aus Gründen die den unsern zum Theil diametral entgegenstehn:

> Das Erkennen kann nur Eines sein; es gibt kein halbes dreiviertel und kein unbestimmtes sondern nur ein ganzes und bestimmtes Erkennen.

Auch wir nehmen nur Ein dem Menschen mögliches Erkennen zukünftiger Dinge an, glauben aber dies nach der allgemeinen Schwäche der menschlichen Gaben als ein stets unbestimmtes bezeichnen zu müssen. Verschiedene Arten unterscheidet **Temme** auch bei der Culpa nicht,

> aber vielfach verschiedene Grade von der bloßen Unaufmerksamkeit, die wenn sie bedacht hätte keinesfalls würde gewollt haben, bis zu der Frevelhaftigkeit hin, die es eben darauf ankommen lässt, freilich dadurch nichts weniger als **will.**

§ 29. Der letzte, der neuerdings über diese Fragen sich geäussert hat, ist Hälschner (Syst. d. Pr. Strafrs.). Vor vielen ist er ausgezeichnet durch Ruhe und Umsicht, so wie durch die Gerechtigkeit, die er seinen Gegnern, so entschieden er ihnen übrigens entgegentritt, widerfahren lässt Leider aber ist die Klarheit und Verständlichkeit, die er bei anderen vermisst, auch bei ihm nicht überall zu finden. Darum ist es schwer seine Ansicht in kurzem Auszuge getreu wiederzugeben. Wie er Vorsatz und Absicht unterscheidet, dessen ist schon oben (S. 305 f.) gedacht. Daran schliesst sich:

§ 34: Ist die Thätigkeit eine vorsätzliche, nicht blos darum weil sie eine gewusste und gewollte d. h. freie ist, sondern weil sie vom Handelnden als Ursache auf den beabsichtigten Erfolg als Wirkung bezogen wird, so ist für die Frage, was als Vorsatz zuzurechnen sei, die Gestaltung der Absicht von entschiedener Bedeutung. Die Gestaltung der Absicht wird aber wiederum bedingt durch die Beziehung in welcher der Handelnde sich den Erfolg zum Zwecke seiner Handlung denkt. Nicht der beabsichtigte Erfolg als solcher ist es, den der Handelnde will, sondern vielmehr er nur als das Mittel für einen weiteren Zweck, für eine individuelle Befriedigung, die stets in der Lösung des Widerspruchs oder Gegensatzes besteht, welcher indem er in das Bewusstsein eintrat, hier den Willen zur Thätigkeit anreizte, oder das Motiv der Handlung bildete. In dieser Beziehung des Erfolges auf den Zweck der Handlung liegt die Möglichkeit für eine verschiedene Gestaltung der Absicht. In allen Fällen ist nämlich der Handelnde nothwendig sich dessen bewusst, daß die Wirklichkeit des Erfolges nicht allein durch seine Thätigkeit, sondern zugleich durch anderweitige thatsächliche Voraussetzungen und mitwirkende Ursachen bedingt wird.

So richtig dies an sich ist, so wenig kann die Nothwendigkeit § 29.
solches Bewusstseins beim Handelnden zugegeben werden. Hälschner fährt fort:

> Die vorgesetzte Thätigkeit enthält daher immer nur die Bedingungen, aus denen der Erfolg als ein möglicher hervorgehn kann, und das Verhältnis, in welches der Handelnde diese Möglichkeit zu dem Zwecke der Handlung denkend gesetzt hat, bestimmt die Beschaffenheit der Absicht.
> Hiernach setzt der Handelnde entweder ausschliesslich einen Erfolg als den seinsollenden, indem dieser allein als Mittel für den Zweck dienen kann und soll und als solcher beabsichtigt wird, die exclusiv bestimmte Absicht dolus determinatus. In diesem Falle ist nothwendig auch die Thätigkeit allein auf diesen Erfolg als auf ihre Wirkung bezogen, oder es ist der wirkliche Erfolg eben darum ein vorsätzlich herbeigeführter. Zugleich ist jeder andre mögliche Erfolg, mag seine Möglichkeit dem Handelnden bewusst geworden sein oder nicht, damit als ein nicht seinsollender gesetzt, und wenn ein solcher Erfolg wirklich wird, so war er, obwol die Wirkung der Thätigkeit, doch im Bewusstsein des Handelnden nicht vorher als solche gesetzt, und kann deshalb weil der Thätigkeit keine ursachliche Beziehung auf ihn gegeben war nicht zum Vorsatze zugerechnet werden.

Der Thäter „setzt einen Erfolg ausschliesslich als den sein sollenden" aber er weiss doch daß das Eintreten dieses Erfolgs nur als etwas mögliches nie als etwas nothwendiges angesehn werden darf, er weiss ferner daß andere Erfolge gerade ebenso möglich sind („mag seine Möglichkeit dem Handelnden bewusst geworden sein"), und er handelt nun in dem Bewusstsein daß der „seinsollende" ebenso gut wie, aber auch nicht besser als der „nichtseinsollende" Erfolg, wirklicher Erfolg seiner Handlung werden kann. Wie unterscheidet

§ 29 sich bei gleicher Voraussicht zweier möglicher Erfolge das als „seinsollend" Setzen des einen, von dem als „nicht seinsollend" Setzen des andern? Hälschner sagt dieser als möglich vorhergesehene aber als nichtseinsollend gesetzte Erfolg sei „im Bewusstsein des Handelnden nicht vorher als Wirkung der Thätigkeit gesetzt gewesen, der Thätigkeit sei keine ursachliche Beziehung auf ihn gegeben worden". Diese Worte, in Beziehung auf einen doch als mögliche Wirkung der Thätigkeit vorauserkannten Erfolg gesprochen, sind nicht klar, und H. möge mir also verzeihen, wenn ich daraus lese was er nicht hineinlegen wollte. Wenn ich aber Hälschnern irgend wie verstehe, so bezeichnet seine exclusive bestimmte Absicht, d. determinatus, das was ich überhaupt Absicht nenne. Das Begehren des Thäters geht auf irgend etwas, auf eine individuelle Befriedigung, Zweck nach Hälschner. Das Bewusstsein des Thäters daß dieser Zweck durch die möglichen Erfolge gewisser Handlungen erreicht werden könne, ist das Motiv nach H., das die Thätigkeit des Willens hervorruft. Der Thäter handelt nun um zunächst diesen Erfolg seiner Handlung und dadurch weiter jene Befriedigung sich zu erwirken. Einen solchen Erfolg dessen Voraussicht das Handeln zunächst bestimmt, indem er zwar nicht sowol an sich denn als Mittel zum weiteren Zweck dem Handelnden erwünscht ist, haben wir einen „beabsichtigten" genannt. Mögen andere Erfolge derselben Handlung von vornherein als ebenso möglich vorhergesehn sein, hat ihre Voraussicht auf den Handelnden nicht irgend bestimmend gewirkt, so sind sie nicht „beabsichtigt". Das als „seinsollend" Setzen eines unter mehren als möglich erkannten Erfolgen einer Handlung scheint also vorläufig mit unserm Beabsichtigen zusammenzufallen.

Oder der Handelnde setzt mehre verschiedene Erfolge, deren er sich als möglicher bewusst geworden ist, als solche von denen eventuell ein jeder sein darf, weil jeder gleichmäßig dem

Zwecke als Mittel zu dienen vermag — die eventuell be- § 29.
stimmte Absicht d. eventualis. Der Zweck erscheint also hier als ein allgemeines, das mehre individuell bestimmte Erfolge in sich befasst wogegen die Absicht nicht auf dies allgemeine sondern auf die einzelnen gleich möglichen Erfolge, von denen eventuell jeder sein darf, gerichtet ist, da die mangelnde Erkenntnis der verschiedenen möglichen Erfolge als einzeln bestimmter in betreff eines jeden derselben die Absicht überhaupt ausschliessen würde. Wenn also die mehren möglichen Erfolge als einzeln bestimmte in der Absicht gleich sehr gelegen haben, so war auch im Bewusstsein des Handelnden seine Thätigkeit gleichmäßig auf jeden dieser Erfolge ursachlich bezogen, weshalb jeder dieser Erfolge wenn er ein wirklicher wurde, als ein vorsätzlicher zuzurechnen ist.

Auch dies scheint mit unserer obigen Auffassung der Hälschnerschen Theorie verträglich, nur daß dem Unterschied von „seinsollenden" und „seindürfenden" Erfolgen wol etwas mehr Bedeutung beigelegt wird als wir ihm zubilligen dürften. Der Thäter handelt doch damit einer der verschiedenen „seindürfenden" Erfolge eintritt, zusammengenommen also geben die mehren „seindürfenden" Erfolge so viel wie ein „seinsollender" Erfolg. Aber auch bei jedem „seinsollenden" Erfolge wird der Handelnde bei genauerem Zusehn mehre Bilder in seiner Voraussicht des möglichen unterscheiden. Die ganze Verschiedenheit „seinsollender" und „seindürfender" Erfolge läuft also darauf hinaus, daß die Bilder von den möglichen ihn zum Handeln bestimmenden Erfolgen seiner Handlung in einem Falle näher zusammenfallen als im andern. Zum Beispiel: X handelt, dingt Banditen, damit sie einen von beiden, A oder B, die ihn beide gleich sehr verletzt haben, ihm gleichviel welchen ermorden = d. eventualis. X handelt um dem A den rechten oder den linken Arm zu brechen = d. event. X handelt um den A schwer

§ 29. aber nicht tödlich am Kopf zu verletzen, er hat es sich vorher überlegt, der Streich den er führen will kann diese oder jene Wunde hervorbringen, mit der einen erreicht er seinen Zweck so gut wie mit der andern. Consequent wäre auch hier wieder dolus event. anzunehmen. Aber sollte wirklich bei etwas geringerer Ueberlegung weniger deutlichem Ausmalen der einzelnen möglichen Verwundungen der dolus ein von jenem erheblich verschiedener d. determinatus sein?

Endlich aber kann der Handelnde diese beiden verschiedenen Gestaltungen der Absicht in der Art combiniren, daß er einen Erfolg als den seinsollenden, andere mögliche Erfolge zugleich als die seindürfenden darum setzt, weil zwar nur jener dem Zwecke als Mittel dienen soll, die eventuell beabsichtigten Erfolge ihm aber wenn auch in geringerem Maße zu dienen vermögen, oder bei Gelegenheit die Verwirklichung des seinsollenden Erfolgs sich nicht vermeiden lassen. Daß auch hier jeder dieser Erfolge wenn er wirklich wird zum Vorsatze zuzurechnen, jeder sonstige Erfolg von ihm auszuschliessen ist, ergibt sich von selbst.

Ebenso ergibt sich daß wer die Unterscheidung von d. determ. und d. event. verworfen hat, auch diese Combination beider als besondere Schuldart nicht anerkennen kann. Aber was Hälschner hier uns bietet nimmt auch, wenngleich auf Kosten der Consequenz, den Schein an etwas anderes zu sein als einfach eine Combination der vorher angeführten beiden Schuldarten. Die „seindürfenden" Erfolge, die hier auftreten, scheinen mit den vorhererwähnten nicht ganz zusammenzufallen. Bei dem d. event. wurden als „seindürfende" Erfolge nur solche genannt, die als Mittel zum Zweck zu dienen geeignet erschienen, die sich vom „seinsollenden" Erfolge nur durch ihre Mehrheit unterschieden, bei ihnen ist die Möglichkeit mehrer verschiedenen bei jenen nur die eines einzigen Mittels vor-

ausgesehn; bei beiden aber war diese Voraussicht der Möglichkeit § 29.
für die Handlung bestimmend. Hier bekommen wir aber „seindürfende“ Erfolge von zweierlei Art:

a) die von vorher bekannten „eventuell beabsichtigten Erfolge, die dem Zwecke wenn auch in geringerem Maße als Mittel zu dienen vermögen“,

b) bisher nicht genannte, die „bei Gelegenheit der Verwirklichung des seinsollenden Erfolges sich nicht vermeiden lassen“.

Diese unter b) gedachten „seindürfenden“ Erfolge sind offenbar nicht solche die dem Zweck irgend wie als Mittel zu dienen vermögen, also auch nicht solche deren Voraussicht auf Vornahme der Handlung irgend wie bestimmend eingewirkt hat (beabsichtigte), sondern es sind einfach als m ö g l i c h e (nicht als n o t h w e n d i g e wie H ä l s c h n e r wiederholt richtig hervorhebt) Ergebnisse der Handlung vorhergesehene Erfolge. Wenn aber diese so vorhergesehenen Folgen „zum Vorsatz zugerechnet“ werden sollen, wie H. dies ausdrücklich verlangt, so muss auch im Handeln in der Voraussicht an sich dolus liegen. Muss ich bei dem Handeln das auf einen seinsollenden verbrecherischen Erfolg zugeht, mir gefallen lassen daß nicht blos etwa dieser beabsichtigte sondern auch jeder andere vielleicht eintretende nicht beabsichtigte aber doch vorausgesehene verbrecherische Erfolg mir zu voller Schuld (dolus) angerechnet wird, so scheint es als müsse auch bei jedem andern Handeln der in gleicher Weise vorhergesehene aber nicht beabsichtigte verbrecherische Erfolg ebenso mir zugerechnet werden können. Fast ist es als ob hier der alte dolus in genere wieder erweckt werden sollte. Wir aber müssen annehmen daß die Gesetze der Zurechnung überall dieselben sind, daß um die Erfolge von Handlungen dem Handelnden in gewisser Art zuzurechnen überall dieselben geistigen Beziehungen von dem Handelnden zu dem fraglichen Erfolge reichen müssen. Wir können keine besondere Zurechnung für den

§ 29. der animo delinquendi um ein Verbrechen zu begehn gehandelt hat statuiren. Wer die Frau will abortiren lassen und gibt ihr ein Mittel von dem er weiß daß es sie tödten mag, der ist wegen der Tödtung nicht weniger aber auch nicht mehr strafbar, als wer zu unschuldigem Zwecke aber mit gleichem Wissen dasselbe Mittel verabreicht hätte; die versuchte Abtreibung wäre bei dem ersten ausserdem zu strafen. Es scheint also als ob Hälschner zwar zunächst darauf ausgegangen wäre den dolus mit der Absicht zu identificiren, daß er aber doch der Wahrheit sich nicht habe verschliessen wollen, daß auch nicht beabsichtigte nur vorhererkannte Erfolge in den Bereich der vollen Schuld (dolus Vorsatz) fallen. Zu Abschluss und fester Begrenzung hat er diese Erkenntnis nicht gebracht.

Einigkeit ist offenbar noch nicht erreicht, im Gegentheil die Zerklüftung ist größer als je. Kaum möglich Gruppen verwandter Meinungen zu schliessen. Wer irgend mit den Fragen der Doluslehre selbständig sich beschäftigt hat, ist zu andern Resultaten gelangt als die andern. Und diese Divergenzen beziehen sich keineswegs nur auf die feineren Abgrenzungen und Specialitäten, Feuerbach und Berner, Luden und Köstlin, Krug und Herrmann, Temme und Hälschner stehen in einem bis zu den Grundlagen durchgreifenden Gegensatz zu einander. Schlimmer als die Verschiedenheit der Ansichten ist die Ursache aus der sie geflossen ist, die allgemeine Unklarheit, Unbestimmtheit überall in der Begrenzung und Begründung der eigenen Meinung, und Unsicherheit in der Entwicklung ihres Verhaltens fremden Meinungen gegenüber. Die einen behaupten ausdrücklich dem andern zuzustimmen (Morstadt, v. Weber — Feuerbach) während sich aus ihren weiteren Ausführungen ergibt daß sie in der That verschiedener Ansicht sind, wieder andere polemisiren wider einander

während der innere Grund der Polemik unerfindlich ist. Es ist § 29.
oben im einzelnen nachgewiesen, daß von allen genannten Autoren keiner zu einem festen und haltbaren Abschluss des Dolusbegriffs gelangt ist, bald fehlt jedes feste Grenzzeichen, bald wird die Definition von einer unmöglichen Voraussetzung (besonders von der Voraussicht einer Nothwendigkeit) abhängig gemacht, bald stehn die verschiedenen Stücke einer Lehre im Widerspruch zu einander.

So ist es wenig überraschend wenn die ganze gethane Arbeit für verlorene Mühe erklärt worden ist, in den Gesetzbüchern die auf Definition des Dolus und Unterscheidung der einzelnen Arten desselben abzielenden Paragraphen aufgehoben werden (Baiern Würtemberg, in andrer Form Preussen), und die Praktiker die auf die Zurechnungslehre bezüglichen Untersuchungen überhaupt für unpraktisch erklären, indem die Geschworenen und nach Umständen die Richter selber ohne Anstrengung und Bedenken die Fragen im concreten Falle richtig lösten, an deren Beantwortung die Gelehrten seit Jahrhunderten vergeblich sich gemüht. Diese Anschauungen haben auch schon in die Literatur eingang gefunden: Temme und Zachariae haben gegen die Spitzfindigkeiten der Doctrin gekämpft, und neuerdings bemerkt Berner im Lehrbuch zu § 95 über die Unterscheidungen von d. determ. und indet.

> Die Gesetzgeber haben angefangen diese Begriffe ganz abzuweisen und die Praxis ist ihnen dankbar dafür. Ein verständlicher Wink für die Theorie ihnen keinen breiten Platz einzuräumen.

Verlorene Mühe ist aber all diese Arbeit doch nur in dem Sinne daß je der einzelne nicht das gewonnen hat, was er zu erarbeiten sich vorgesetzt hatte. Das in dieser Weise erfolglose Streben der Vorgänger kann den Späteren vielen Nutzen bringen. Wir sind darauf hingewiesen den Grund der Erfolglosigkeit in der herrschen-

§ 29. den Unklarheit zu suchen und diese wieder daraus herzuleiten daß man fortwährend mit unreinen Begriffen operirt hat. Der Begriff der Handlung ist ausgeweitet so daß das Verbrechen ganz mit allen seinen Theilen als Eine Handlung gelten kann; daneben wird dann ein Willensbegriff construirt der das Verbrechen in seiner Totalität zu beherrschen vermag. Von hieraus zu reinen und festen Resultaten zu gelangen ist geradezu unmöglich. Indem man übersieht daß jedes Verbrechen aus Handlung und Erfolg besteht, und verlangt daß das ganze Verbrechen ein gewolltes sei, muthet man dem Willen zu, zu den verschiedenen Bestandtheilen des Verbrechens gleichmäßig sich zu verhalten. Der Erfolg musste ebenso gewollt sein wie die Handlung. Unmöglich aber kann dieselbe Kraft zum Erfolge sich ebenso verhalten wie zu der wesentlich von demselben unterschiedenen Handlung. Um dies doch annähernd zu ermöglichen wird man zu schiefen und schwankenden Definitionen des Willens gedrängt, die dann auf den Begriff der Handlung zurückwirken; so mehrt sich die Unklarheit und Unsicherheit ohne daß doch die Widersprüche völlig zu überwinden sind.

Daß wir größte Sorgfalt darauf zu verwenden haben die Grundbegriffe von denen wir ausgehn möglichst rein und fest begrenzt herzustellen, ist übrigens nicht das einzige, das wir von unserer Dolusdoctrin lernen können. Zerlegt man das Verbrechen in angegebener Weise in Handlung und Erfolg, so treten für die Begrenzung des Dolusbegriffs zwei extreme Meinungen hervor, deren Gegensatz aber stets nur auf ein beschränktes Gebiet von Verbrechen zu beziehen ist. Entweder der Dolus erfordert nichts als das Vorhersehn des Erfolgs bei der Handlung (gewollten Körperbewegung), oder er erfordert daß gerade dies Voraussehn den Thäter zur Handlung bestimmt, Thäter also den Erfolg beabsichtigt habe. Zwischen beiden stehn Mittelmeinungen: Dolus sei da anzunehmen, wo der Erfolg beabsichtigt worden,

ausserdem in gewissen andern aber nicht in allen Fällen wo der Erfolg nicht beabsichtigt aber doch vorgesehn sei. Wider diese Mittelmeinungen scheint die geschichtliche Entwicklung der Doctrin zu sprechen; denn gerade solche Mittelmeinungen sind von Theoretikern zumeist vertheidigt worden, und da es doch niemand gelungen ist sie fest zu begrenzen, möchte man vermuthen daß eine sichere Abgrenzung dieser Mittelmeinungen überhaupt nicht möglich sei, vielmehr einer der extremen Ansichten der Vorzug gegeben werden müsse. Soll man aber zwischen diesen beiden wählen, so scheinen wir weiter dahin geführt zu werden, daß der weitere Dolusbegriff, den wir auch oben vertheidigt haben, der vorzüglichere sei. Ich berufe mich hiefür nicht sowol auf die Aussprüche einzelner wie Morstadt Krug, „wer den Erfolg vorhersieht den er durch die Handlung herbeizieht will den Erfolg, ist in dolo", als gerade auf die die als Vertreter der entgegengesetzten Ansicht erscheinen können indem sie Dolus und Absicht (in unserm Sinn) möglichst zu identificiren gestrebt haben. Schon die nächsten Anhänger Feuerbachs geben zu, daß sie bei dem reinen Absichtsdolus nicht beharren können, sie nehmen Erweiterungen an, für die sie vornehmlich die Bezeichnung d. event. gebrauchen, und auch Hälschner vermag nicht damit auszukommen daß der Dolus stets und überall ein bezwecken des Erfolgs voraussetze. — Zwingend ist diese Beweisführung allerdings nicht. Indessen wird die eigene Meinung doch dadurch wahrscheinlich gemacht, wenn sich zeigt daß auf die Dauer niemand die entgegengesetzte Meinung consequent vertreten, und niemand eine Mittelmeinung angemessen zu begrenzen gewusst hat. § 29.

Die Frage ob das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Begriffe des Dolus gehöre, löst sich von der nach dem übrigen Bestande desselben ab. Man kann die richtige Entscheidung mit einer sonst falschen Definition des Dolus verbinden, und umgekehrt.

§ 29. Was darüber aus unserer Theorie sich ergibt ist oben § 20 entwickelt; und wie das geltende Recht sich hiezu verhält soll in § 34 gezeigt werden.

---

§ 30.

Culpa nach gemeinem Recht.

§ 30. Im Römischen Recht waren die Verhältnisse der festen Begrenzung criminalistischer culpa ungünstig. Das Römische Strafrecht gehört zur einen Hälfte in das jus publicum zur andern in das j. privatum, in diesem hat der Begriff der culpa andere Behandlung erfahren als in jenem. Hier wird die Grenze wider den dolus verwischt, im Privatrecht gilt der Satz magna culpa est dolus, bei der lex Aquilia soll auch die levissima culpa Berücksichtigung und dem dolus gleiche Ahndung finden. Anders im jus publicum. Es scheint daß culpose Handlungen in republikanischer Zeit überall mit öffentlicher Strafe nicht belegt wurden (Rein CrimR. S. 162, Köstlin Syst. § 65, 5), daher auch später noch casus der gewöhnliche Ausdruck für den Erfolg aller nicht dolosen Handlungen ist. Während so nach der Seite des Zufalls hin die Grenze der culpa ganz in Frage gestellt blieb, zogen andererseits wenigstens einzelne Gesetze, insbesondere die l. Cornelia de sicariis et veneficis, die Grenze des Dolus bis auf die Absicht zurück, wozu die Juristen ausdrücklich bemerken, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Daß übrigens nach dem Recht der Kaiserzeit auch die culpa öffentlich gestraft werden kann, und daß sie dem dolus verglichen als minderer Schuldgrad auch geringere Strafe nach sich zieht ist schon oben (S. 380 f.) ausgeführt. Auf diesen Satz, daß überhaupt culpa als niedre strafbare Schuldart neben dem dolus steht, dürfte was seitens der Römer für die Aus-

bildung der Culpalehre gethan zu beschränken sein. Worauf eigentlich die Strafbarkeit der culpa beruht, scheint von den Römern nie ergründet zu sein, daher auch die einzelnen Voraussetzungen der strafbaren culpa nicht genügend festgestellt werden konnten. Doch mögen zwei Stellen folgen, in denen eine der unseren verwandte Auffassung der culpa ihren Ausdruck findet: § 30.

fr. 31 ad l. Aquil. 9, 2 (Paul. l. X ad Sab.) Mucius etiam dixit... culpam autem esse quod cum *a diligente provideri potuerit non esset provisum.*

fr. 30 § 3 eod. (Paul. l. XXII ad ed.) in hac actione dolus et culpa punitur. ideoque si quis in stipulam suam vel spinam, comburendae ejus causa ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus num imperitia ejus aut negligentia id accidit. nam si ventoso die id fecit culpae reus est; nam et qua occasionem praestat damnum fecisse videtur. in eodem crimine est et qui non observavit ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem producit, caret culpa.

Dennoch ist nicht zu behaupten daß die Römer an unserem Begriffe der Fahrlässigkeit fest gehalten, nur daß auch ein anderer fester Begriff bei ihnen nicht nachzuweisen ist.

Auch dem Canonischen Recht ist die culpa als von dem dolus verschiedene aber doch strafbare Schuldstufe nicht fremd.

c. 9 X de injuriis 5, 36: si culpa tua datum est damnum, vel injuria irrogata vel aliis irrogantibus opem forte tulisti, aut haec imperitia tua sive negligentia evenerunt, jure super his satisfacere te oportet. nec ignorantia te excusat si scire debuisti ex facto tuo injuriam verisimiliter posse contingere, vel jacturam.

§ 30. Zu verbinden hiemit ist C. 15 q. 1 c. 6, 7, 9, 10 und vornehmlich der Titel de homicidio voluntario vel casuali X. 5, 12. Die Uebereinstimmung der hier zusammengestellten Entscheidungen wird sich nur dann entdecken lassen, wenn man bedenkt daß das Interesse der Kirche das höchste ist, worauf der geistliche Richter Rücksicht zu nehmen hat. Dies tritt vielfach hervor, selten deutlicher als im c. 14 des angeführten Titels, das von Innocenz III. herrührt:

„...cum H presbyter foenum vellet de curru deponere perticam superius alligatam projecit in terram, et cum foeno insisteret deponendo, quidam puerum quendam juxta currum repperit semivivum. .... nos ab eodem quaesivimus sacerdote si prius quam jaceret perticam circumspexit sollicite an aliquis esset circa currum, qui quod diligenter circumspexit asserit, sed quod vidisset aliquem denegavit. ad te igitur remittentes eundem mandamus quatenus, si res ita se habet *nisi circa eundem grave scandalum sit exortum vel tanta laboret infamia* quod deficiente accusatore oportet eidem canonicam purgationem indici, ipsum libere permittas exsequi officium sacerdotis.

Daß auch sonst das Canonische Recht Umständen Rechnung zu tragen weiß, die nach den jetzigen Anschauungen wenig Einfluß auf die Strafbarkeit üben, beweist c. 1 X de his q. filios occ. 5, 10. Ein Weib hat in der Hitze des Zorns ihr eigen Kind erschlagen. Pabst Alexander III. verordnet:

ut ad aliquod monasterium transeat in quo peccata sua perpetua poenitentia deploret. *si autem repugnante carnis fragilitate ad hoc induci noluerit* ei licentiam in domino nubendi tribuas.

Sicher darf man dem Canonischen Recht nicht Inconsequenz vor-

werfen betreffs der Ausbildung des Strafrechts, nur sind es eben § 30.
nicht die modernen Strafrechtsprincipien, die dort ausgebildet worden sind. Auch mit dem Römischen Recht kann das Canonische Recht nicht überall harmoniren, man vergleiche c. 13 X de hom. vol. mit § 8 I. de l. Aquilia 4, 3.

Viel weniger als in den Römischen und in den Canonischen Quellen ist in der Carolina über die Fahrlässigkeit gesagt. Das wichtigste enthält Artikel 146. Ungefährliche Entleibung die wider eines Thäters Willen geschieht wird besprochen, sowol casuelle wie culpose Tödtung, beide an Beispielen erläutert die auch in Justinians Sammlung behandelt werden (§ 4 I. de l. Aquil. und fr. 11 pr. ad l. Aquil. 9, 2.). Daran schliesst sich Art. 134, bezüglich auf die Bestrafung von Aerzten die aus Unfleiß oder Unkunst und doch unvorsätzlich mit Arzenei tödten. Art. 180 bestimmt: „...kam aber der gefangen durch bemelts hütters unfleiß aus gefengknuß, solcher unfleiß ist nach gestalt der sachen . . . zu straffen". Endlich mag man noch Art. 136 „So eyner eyn schedlich thier hett das jemandt entleibt", Art. 137 „Straff der mörder und todschleger die keyn gnugsam entschuldigung haben mögen", und Art. 218 vergleichen, der als Misbrauch rügt wenn ein Fuhrmann der mit dem Wagen umwürfe und unversehentlich jemanden tödtete als der Obrigkeit mit Pferden und Wagen verfallen behandelt würde; übrigens möchte es schwer sein auf die Fahrlässigkeit bezügliches in des Römischen Reichs peinlicher Gerichtsordnung nachzuweisen.

Wichtig sind aber diese Bestimmungen der Carolina über die culpa darum vornehmlich, weil sie den Sieg der Principien des fremden Rechts über die älteren Deutschen Anschauungen auch in dieser Richtung bezeichnen (vgl. Hälschner System § 37, 2). Die nächste Weiterentwicklung des Uebernommenen auf Deutschem Boden dürfte am anschaulichsten wieder in Carpzows Practica nova sich darstellen. Von belang sind vor andern:

§ 30. P. I Q. 15, an et qua poena afficiendus qui praeter intentionem et absque proposito occidendi parricidium committit,

und

P. I Q. 27, de poena homicidii culposi et casualis.

In jener treten manche Ansichten der Zeit fast noch schroffer hervor als in der vorher angezogenen Q. 1. (oben S. 396 f.):

§ 9 primus casus est quando parricidium non quidem ex proposito et animo deliberato occidendi committitur, *ex actu tamen doloso sequitur*, veluti si quis liberos vel conjugem *dolose, hoc est modum castigationis excedendo, tam vehementer talibusque armis* quibus communiter homicidium solet perpetrari vulnerat ut vulneratos inde mortem obire oporteat; quo casu poenam l. Corneliae de sicariis, hoc est gladii locum habere intrepide affirmo.

Unter den Gründen:

tertio certi juris est quod dans operam rei illicitae *teneatur de omni eo quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem*, si causa sit ordinata ad subsecutum delictum ita ut eventus subsecutus facillime cogitari potuerit..... respondeo enim animum et voluntatem non etiam exitum attendi in eo solum qui omnino habet animum non delinquendi, *sed qui animum aliqualem delinquendi habet licet non tantum quantum postea secutum fuerit, is tenetur de omni exitu.*

§ 22 secundus casus est, quando parricidium neque ex proposito committitur neque etiam ex actu quopiam doloso immediate provenit, ex deviatione tamen incircumspecta imprudentia et stultitia, actuque illicito causa parricidio praebetur, veluti si quis agendo quid illicite alioque fine ex imprudentia et imperitia mortem causetur,

qualis est puerpera occultans puerperium et auxilio omni § 30.
destituta partum negligendo, ipsique non debito modo subveniendo causam infanticidii praebens, *quae proprie dicitur versari in culpa lata vel latiori.* quo casu delinquens fustigatione vel ad minimum perpetua relegatione puniri debet.

§ 33 *tertius casus est* quando quis neque in dolo neque in culpa lata versatur, incircumspecte tamen agendo et faciendo aut omittendo id quod diligens et perspectus homo quivis nec facere nec omittere solet, aliquo modo causam parricidio praebet; velut si infans in lecto ex incuria et negligentia parentum suffocetur, vel si parentes modum castigationis excedendo, aut aliud quid agendo *quod in culpam levem incidit*, parricidium causentur. quo casu poenam solam arbitrariam relegationis vel carceris vel etiam mulctam pecuniariam obtinere existimo.

Deutlicher ergibt sich Carpzows Auffassung der Culpa aus der andern der beiden gedachten Quaestionen:

P. I Q. 27. § 13 *cessat porro poena ordinaria* homicidii si culpa vel casu commissum fuerit homicidium.....

§ 2 sine dolo enim et animo delinquendi delictum non committitur nec punitur, quia animus et propositum maleficia distinguunt. § 3 quod adeo verum est ut in homicidio lata culpa dolo non aequiparetur. § 7 dolosum homicidium duplici modo committitur:

1) voluntate et animo occidendi,
2) animo vulnerandi vel percutiendi unde mors immediate sequitur.

Was dann zunächst über die culpa folgt, zeigt eben kein tiefes Eingedrungensein in das Wesen derselben:

§ 8 *culpa* vero committitur homicidium quando occidens

§. 30. non quidem habet animum dolosum occidendi aut vulnerandi, *culpa tamen interveniente vel praecedente* aliquem interficit, *veluti* si quis operam dando rei illicitae vel in re licita ac permissa non adhibendo diligentiam causam mortis praebeat et aliquem occidat. § 9 *exempla* ejusmodi homicidii culposi multa referuntur......

§ 11 *casuale* dicitur homicidium quod *casu inopinato nullo prorsus dolo nullaque culpa* interveniente vel praecedente committitur. § 12 veluti......

Einer Definition etwas näher kommt

§ 14 ex hisce apparet *homicidium casuale* committi ab aliquo praeter scopum consilium et culpam suam, ex negotio et actu licito natura sua ad delinquendum non comparato;

und dann auch

§ 16 in consideratione igitur homicidii culposi et casualis, quo unum ab alio rite et exacte distinguatur, ad culpam an ea intervenerit vel non respiciendum est. haec enim solummodo homicidium culposum a casuali distinguit et differentiam inter haec duo constituit, quae si deest absque dubio homicidium pro casuali et fortuito haberi debet;

denn auf diese zweifellos wahre aber wenig förderliche Einleitung folgt, an das im citirten § 8 gesagte anklingend,

versatur autem culpa in hisce fere duobus:

primo si quis dederit operam rei illicitae

secundo si quis in re licita ac permissa non adhibuerit omnem diligentiam,

hisce duobus casibus si infortunio ac casu quodam ex facto alicujus quis interficiatur, homicidium pro culposo habendum est. haec duo ergo maximopere consideranda

sunt, quae si quis *accurate* examinaverit *haud facile* a § 30.
vera distinctione homicidii culposi et casualis aberrabit;
welcher Schluss einigermaßen das Bewusstsein verräth, die Distinction nicht genügend durchgeführt und anderen klar anschaulich dargelegt zu haben. Während so die Aussengrenzen des Gebiets der culpa unbestimmt bleiben, wird der Versuch gemacht innerhalb desselben Gebiets Grenzlinien zu ziehn; nicht mit besserem Erfolge:

§ 28 culposo igitur homicidio commisso judex pro arbitrio et discretione sua poenam dictabit et quidem diversimode, prout culpa admissa vel *lata* vel *levis* vel *levissima* fuerit.... bene ac circumspecte ponderare debet (judex), qualisnam culpa sit et secundum ejus gravitatem aut levitatem poenam decernere tenetur.

§ 29 *lata autem vel grandis culpa* est non intelligere quod omnes intelligunt, non facere quod omnes faciunt aut major pars, vel id facere quod nulli vel pauci faciunt.

§ 30 *levis* vero *culpa* est negligentia et incuria in rebus dubiis et ubi quis non praeter rationem ambigere posset, an ullum periculum subesset aut inde consequi posset vel non. aut levis culpa est desidia et negligentia in rebus in quibus dubitare licet.

§ 31 at *levior culpa*, quam nonnulli *levissimam* vocant, haec est, si quis malum aliquo modo praevidere seu ab alio arcere et praecavere potuisset sed non praecavit nec praevidit.

Daß die Lehre von der culpa in dem auf Carpzow folgenden Jahrhundert nicht große Fortschritte gemacht hat zeigt schon der Anfang der Obs. II S. F. Böhmers zu der Q. 27 aus der diese Auszüge entnommen sind:

§ 30. culpa est quodvis factum illicitum unde laesio sine dolo emergit. homicidium ergo culposum toties committitur quoties quis sine animo occidendi versatur in re *illicita*, aut illicito *loco*, aut illicito *tempore*, aut denique illicito *modo*.

Gegen die Criminalisten der neueren Zeit aber müsste man ungerecht sein wollen, um zu leugnen daß durch ihre Thätigkeit unsere Erkenntnis der Umgrenzung und Bedeutung der culpa gefördert ist. Wenn dennoch Temme (Lehrb. d. Pr. Strafrs.) auch jetzt noch von einem „Wirrwarr der gemeinrechtlichen Doctrin über die Culpa" spricht, so muss solcher Wirrwarr als unumgänglicher Zwischenpunkt gelten um zum freien Ueberblick über die einzelnen hier zu lösenden Fragen zu gelangen; überdies ist zu behaupten, daß verglichen mit dem „Wirrwarr der gemeinrechtlichen Doctrin über den Dolus", der die Culpa begreifende Wirrwarr der bei weitem geringere ist.

Man ist in der neueren Criminalrechtswissenschaft ausgegangen zunächst auf die Ergründung der innern Strafbarkeit culposer Handlungen. Von hieraus ist man zu immer sichrerer Unterscheidung der Culpa und des unzurechenbaren Zufalls gekommen, während auf der andern Seite die Grenze wider den Dolus noch nicht ebenso rein und richtig hergestellt ist. Aber auch was die Unterscheidung verschiedener Arten und Grade innerhalb der Culpa anlangt, ist in unserem Jahrhundert mit Erfolg bearbeitet, und alter Schutt beseitigt worden. Endlich ist die Frage bei welchen Verbrechen culpose Verübung möglich sei wieder und wieder gestellt und der Beantwortung näher geführt. Schon der hauptsächlich von Almendingen angefachte Streit ob die Culpa als Verstandes- oder als Willensfehler zu erfassen sei, war für die Entwicklung der Lehre erspriesslich, wenn auch der Begriff des Willensfehlers dabei zuweilen in Nebel gekleidet zu erscheinen beliebte.

Den entscheidenden Anstoß aber dürften wir der Consequenz und Klarheit der Ausführungen Feuerbachs zu verdanken haben, dessen scharf gezeichnete Irrthümer hier und anderwärts der Wahrheit besser gedient haben als was andere richtiger vielleicht aber weniger bestimmt und anschaulich entwickelt haben. Der Zusammenhang der Culpalehre mit den Principien von denen Feuerbach ausgeht tritt in älteren Ausgaben des Lehrbuchs deutlicher hervor als in den späteren. In der dritten Ausgabe lautet § 30.

§ 54: Die Verbindlichkeit, deren Verletzung den Begriff der Culpa bestimmt, besteht in der Nothwendigkeit alle Handlungen zu thun oder zu unterlassen, aus welchen nach Gesetzen der Natur eine Rechtsverletzung entstehn kann. (Verbindlichk. zum gehörigen Fleiße, obl. ad diligentiam). Die Gesetzwidrigkeit der Willensbestimmung bei der Culpa setzt daher voraus 1) das Dasein dieser Verbindlichkeit für jene Person überhaupt, 2) das Bewufstsein dieser Verbindlichkeit bei der Willensbestimmung zu der Handlung oder Unterlassung aus welcher der rechtswidrige Effect entstanden ist, 3) die Erkenntnis daß die unternommene Handlung oder Unterlassung unter der Verbindlichkeit stehe, 4) die physische Möglichkeit die Handlung zu thun oder zu unterlassen, und den gesetzwidrigen Effect zu verhüten. Wo eins dieser Erfordernisse mangelt ist die Laesion blos zufällig.

Hieran schliesst sich eine Eintheilung:

§ 56. Die Culpa zerfällt in Rücksicht der Handlungen oder Unterlassungen welche die Uebertretung ohne Absicht der Person begründen können in vier Arten. Diese Handlungen können

I. innere Handlungen, und zwar unterlassener Gebrauch des Erkenntnisvermögens sein. Gebrauchte die Person

§ 30. mit Ernst ihre Erkenntniskräfte . . . so war ihre Unwissenheit oder ihr Irrthum unverschuldet;

II. äussere Handlungen (Culpa aus Fahrlässigkeit) wenn die Person bei Begehung der äussern Handlung selbst das Bewusstsein von dem Causalzusammenhange derselben mit einem möglichen oder wahrscheinlichen rechtswidrigen Erfolg hatte.

Der folgende Paragraph unterscheidet dann drei Unterarten des ersten Genus der Culpa:

Der unterlassene Gebrauch des Erkenntnisvermögens kann bestehn

1) in der unterlassenen Erwerbung der Erkenntnis des Gesetzes, welchem die äussere Handlung widerspricht — Culpa durch Unwissenheit des Gesetzes,

2) in der unterlassenen Reflexion über die Handlung um sie unter das Strafgesetz zu subsumiren — Culpa durch Uebereilung,

3) in der unterlassenen Reflexion über den möglichen Causalzusammenhang einer äussern Handlung mit einer daraus entstandenen Rechtsverletzung — Culpa durch Unbedachtsamkeit.

Etwas anders gestaltet sich dies in den neuesten Ausgaben:

§ 55. Die Culpa setzt voraus I. objectiv a) das Dasein eines Strafgesetzes welches auch die unvorsätzlichen Rechtsverletzungen mit Strafe bedroht, b) eine äussere Handlung wodurch man physischer Urheber eines Verbrechens wird; II. subjectiv eine gesetzwidrige Willensbestimmung insofern als die Person zwar nicht das entstandene Verbrechen zum Zweck ihres Wollens gesetzt hat jedoch

a) gegen die ihr bekannte Verbindlichkeit zu Vermeidung alles dessen wodurch man auch ohne Absicht Ursach von

Verbrechen werden kann (Pflicht zur Beflissenheit diligentia), § 30.
gleichwol

b) willkürlich etwas gethan oder unterlassen hat, was mit dem Entstehen der Rechtsverletzung in ursachlichem Zusammenhange gestanden ist und wobei sich dieselbe

c) dieses Zusammenhanges entweder bewusst gewesen, oder bei mäßiger Sorgfalt hätte bewusst werden müssen.

An diesen unter c) genannten Unterschied knüpfen die beiden folgenden §§ 56 und 57 die Zweitheilung in „unmittelbare" und „mittelbare Fahrlässigkeit", in welche die oben erwähnte Viertheilung aufgegangen ist. Von einer andern aus der ältern Doctrin übernommenen Unterscheidung von Stufen der culpa ist Feuerbach später ganz abgegangen. § 57 der dritten Auflage:

In Rücksicht der Art des Zusammenhangs der Handlung oder Unterlassung mit dem gesetzwidrigen Erfolg werden drei Grade der Culpa angenommen von welchen die höchste (c. lata) und die geringste (c. levissima) die Extreme sind, zwischen denen sich die mäßige (c. levis s. media) als verbindendes Mittelglied befindet. Diese Eintheilung lässt sich aus allgemeinen Gründen rechtfertigen, obgleich die Gesetze selbst nur zwei Grade eine c. levis und lata zum juridischen Gebrauch von einander unterscheiden (cf. Thibaut Syst. § 232).

In den letzten Ausgaben lautet der entsprechende Schluss des § 58:

Die Fahrlässigkeit hat ihre Grade welche durch allgemeine Begriffe nicht bestimmbar in einzelnen Fällen nach allgemeinen Gründen der relativen Strafbarkeit zu bemessen sind. Die allgemeine Unterscheidung des Römischen Rechts zwischen c. lata und levis hat auf das Strafrecht keine Beziehung.

§ 30 Mittermaier (N. 1 zu § 55 der 14. Aufl. des F.schen Lehrbs.) sagt:

> Die Culpa ist ein Willenszustand, in welchem jemand einen gesetzwidrigen Erfolg wider oder doch ohne seine Absicht, jedoch unter Umständen herbeiführt, unter welchen er bei Anwendung der pflichtmäßigen Aufmerksamkeit die schädliche Handlung oder das Eintreten des Erfolgs aus seiner Handlung als leicht eintretende Folge einsehen konnte. Der Grund der Strafbarkeit der Culpa liegt in einem Willensfehler, insofern der Handelnde seine Nichtachtung des Gesetzes dadurch ausspricht, daß er nicht die nöthige Aufmerksamkeit anwendet und möglicherweise gefährliche Handlungen nicht lieber unterlässt.

Uns widerstrebt die Nachlässigkeit des Ausdrucks, die „die schädliche Handlung" und „das Eintreten des Erfolgs aus der Handlung" gleich ordnet, die „schädliche Handlung" als „leicht einzusehende Folge" wer weiss wovon bezeichnet, und uns schliesslich im Zweifel lässt, ob die „Nichtachtung des Gesetzes" nur im Zusammentreffen von beiden der „Nichtanwendung der nöthigen Aufmerksamkeit" und dem „Nichtunterlassen gefährlicher Handlungen", oder auch durch je eins von beiden sich aussprechen könne. Unleugbar liegen auch bei dieser Zeichnung der Culpa richtige Elemente zu Grunde, aber die verschwimmende Darstellung musste den Verfasser selber darüber teuschen wieviel falsches er dem richtigen hinzusetzte. Die bestimmten Formen die Feuerbach uns gibt sind darum desto höher zu schätzen.

In der F.schen Entwicklung tritt besonders die angenommene obl. ad diligentiam, Pflicht zur Beflissenheit, hervor. Obwol damit auf ein zweifellos wesentliches, von anderen oft zu sehr zurückgestelltes Moment hingewiesen wird, so flicht sich doch gerade hier ein Irrthum ein. Man sollte „alles vermeiden, wodurch man ohne

Absicht Ursach von Verbrechen werden kann". Existirt solche Pflicht § 30.
in diesem Umfang wirklich? Zweitens, verdiente sie wenn vorhanden den Namen einer obl. ad diligentiam? Die erste Frage ist zu verneinen. Von dem Menschen ist nie zu verlangen daß er alle Handlungen unterlässt die schädliche Folgen nach sich ziehn können, nur die deren schädliche Erfolge er vorhersieht oder doch vorhersehn könnte? F. gibt dies im wesentlichen selber zu (§ 55 der 14. Ausg. sub II c.). Betreffs der zweiten Frage aber kann man im Zweifel sein ob die obl. ad dilig. nur zu dem möglichen Vorhersehn, oder auch nach geschehnem Vorhersehn zum unterlassen desjenigen was voraussichtlich schädliches bewirken dürfte uns verpflichtet. Sicher ist das Voraussehn etwas andres als dies Unterlassen, wahrscheinlich also auch die Verpflichtung zum einen, wenn auch im Zusammenhange doch nicht identisch mit der Verpflichtung zum andern. Zum mindesten wäre diese Duplicität der obl. ad dil. hervorzuheben gewesen. An der Fassung des gedachten § 55 ist ausserdem zu tadeln daß das unter II b hervorgehobene Moment,

> willkürlich etwas gethan oder unterlassen hat was mit dem Entstehn der Rechtsverletzung in ursachlichem Zusammenhang gestanden ist,

zusammenzufallen scheint mit dem I b, gebotenen,

> äussere Handlung wodurch man physischer Urheber eines Verbrechens wird.

Worin unsere Auffassung des Wesens der culpa von den von Feuerbach zuletzt dargelegten Anschauungen divergirt? Wie F. erfordere ich zwar nicht zur absoluten aber doch zur criminalistischen Strafbarkeit culposer Handlungen Dasein des Strafgesetzes; auch der äussere Thatbestand ordnet sich gleichmäßig. Hinsichts des innern nehmen wir übereinstimmend an daß eine obl. ad dil. vorhanden und dem Handelnden bekannt sein müsse. Wir gehn auseinander, indem ich die obl. ad dil. auf angemessenen Gebrauch

§ 39. des Erkenntnisvermögens beschränke, F. auch die Pflicht der gewonnenen Erkenntnis entsprechend zu handeln hinein zieht; daher er Culpa annimmt gleichviel ob der Thäter des Zusammenhangs von Handlung und Erfolg sich bewusst gewesen, oder bei mäßiger Sorgfalt sich hätte bewusst werden müssen, ich nur im letztern Falle; daher weiter bei F. zwei Arten der Culpa unmittelbare und mittelbare, von denen ich jene dem Dolus zuweise. Im Erfolge also kommen wir überein soweit es sich um Abgrenzung der culpa wider den casus handelt, aber nicht betreffs der Unterscheidung von dolus und culpa.

Feuerbach zunächst mag Abegg (Lehrb. d. Str. Rs.) hier genannt werden. Auch er nimmt bei dem culposen Thun eine „Verschuldung des Willens" an und leitet diese her aus der

> Verpflichtung nicht blos den gesetzwidrigen Erfolg oder die Verletzung sich nicht vorzusetzen, sondern überhaupt ihn zu vermeiden, seine Handlungen mittels gehöriger Sorgfalt Besonnenheit und Aufmerksamkeit so einzurichten daß eine solche zwar nicht gewollte aber doch möglicherweise eintretende oder als möglich gekannte Verletzung bei Gelegenheit der Handlung oder durch dieselbe als deren natürlicher Erfolg, nicht entstehe.

Dem Wesen nach dieselbe obl. ad diligentiam, der wir auch bei Feuerbach begegneten. Wie Feuerbach ebenso läßt auch Abegg es an genügender Umgrenzung dieser „Verpflichtung zur Sorgfalt" fehlen, sie soll ebensowol darauf gehn daß der Thäter die Erfolge vorhersehe so weit er kann, wie darauf daß er wo er schädliches voraussieht die gefährliche Handlung unterlasse. Daß dies aber nicht zwei Seiten einer Verpflichtung, vielmehr zwei wesentlich verschiedene Verbindlichkeiten sind, wird aus Abeggs eigenen Worten anschaulich:

> was ... zugerechnet wird ist, daß dieser Erfolg als ein nicht

> zufälliger, sondern als ein natürlicher folglich mög- § 30.
> licher vielleicht sogar als ein wahrscheinlicher vorhergesehn worden ist, oder doch bei Anwendung der gewöhnlichen und pflichtmäßigen Aufmerksamkeit hätte vorhergesehn werden können, und dennoch hierin für den Willen kein Abhaltungsgrund lag sich in einer Weise thätig zu äussern, die obschon ohne darauf bezogene Absicht eine Verletzung die unter dem Strafgesetze steht zu bewirken geeignet war.

Denn unmöglich kann das bloße „Vorhersehn können", das ungenutzt bleibt und daher keine „Voraussicht des Schädlichen" ergibt, als „Abhaltungsgrund für den Willen" gelten sollen; darin daß der Handelnde nicht vorausgesehn während er voraussehn konnte mag Schuld liegen, nimmermehr aber darin daß der Nichtvorausssehende durch diese Nichtvoraussicht von der Handlung sich nicht hat abhalten lassen. Die Entwickelung des Schuldgrundes trifft also gerade für die wirkliche (unbewusste) Culpa nicht zu; überdies treibt die ungenügende Definition der „Verpflichtung zur Aufmerksamkeit" Abegg dahin wie Feuerbach einen Theil der zum Dolus gehörigen Fälle (bewusste Culpa) in das Gebiet der Culpa zu ziehn, was sich dann wieder dadurch rächt, daß die Abgrenzung dieses für culpa sich ausgebenden dolus wider den anerkannten dolus mislingt, indem auch Abegg die Grenzlinie danach zu bestimmen versucht,

> daß der nothwendige Erfolg bei vorhandener Einsicht dem dolus zugerechnet werden müsse.

Als ob nicht jeder wirklich eintretende Erfolg an sich nothwendig wäre, oder wir je einen zukünftigen Erfolg als nothwendig im voraus erkennen könnten. — Hierin dürfte der Grund liegen daß Abeggs übrigens so wohl durchdachten und viel wahres enthaltenden Ausführungen zu keinem überzeugenden Resultate gekommen sind.

§30. Den bisher genannten steht auch Heffter nahe (Lehrb. 6. Aufl. § 67):

> Die Schuld liegt in Willensläſſigkeit, das rechtliche Verhältnis eines Benehmens gehörig zu bedenken, wodurch die Verantwortung für den vermeidlichen Erfolg erwächſt.

Beharrte Heffter streng bei dieser Definition, so müsste er mit unserer Definition übereinkommen. Denn bei der s. g. bewussten Culpa (Frevelhaftigkeit) liegt das erzeugende Moment nicht in der Lässigkeit und Trägheit des Wollens, sondern wie Heffter selber hervorhebt in „höchster Einseitigkeit Rücksichtslosigkeit oder Roheit des Willens oder des höchsten Leichtsinns, der Frivolität", und Schuld fliesst hier nicht sowol daraus, daß der Thäter nicht „gehörig bedacht" hat, als daraus daß er obgleich er bedacht doch gehandelt hat. Dazu ist freilich anzuführen daß in älteren Ausgaben bei der bewussten Culpa die Bemerkung gemacht wird:

> Die Schuld liegt hier in dem Mangel an rechtlichem Willen dasjenige gehörig zu bedenken und zu meiden was für die Rechte anderer nachtheiliges entspringen kann.

Man könnte dies etwa so auslegen: bei unbewusster Culpa sieht Thäter den Erfolg überhaupt nicht vorher, obgleich er dies könnte; bei bewusster sieht er ihn zwar an sich aber nicht in der Bedeutung und Schädlichkeit die er hat voraus, obgleich Thäter auch diese hätte erkennen können. Wollte Heffter so unterscheiden, so würden wir unbedenklich zugestehn daß beide bezeichnete Arten der Schuld in den Bereich der Culpa gehören, aber Heffter hätte dann was von andern als bewusste Culpa bezeichnet wird dem Dolus zuweisen und überhaupt den Gegensatz in den er zur Mehrzahl der neueren Criminalisten getreten wäre schärfer bezeichnen müssen. Da er dies nicht gethan, müssen wir annehmen daß er diesen Gegensatz auch nicht gewollt hat. Dann ist nur noch zu bemerken daß auch bei Heffter die obl. ad diligentiam als „zur

Erfüllung der bürgerlichen Verpflichtungen nöthige Aufmerksam- § 80.
keit und Sorgfalt" wiederkehrt, daß er wie andre „Fahrlässigkeit oder Frevelhaftigkeit" und „Nachlässigkeit oder Unbedachtsamkeit" als zwei Arten der Culpa nebeneinanderstellt, und zu der Frevelhaftigkeit bemerkt daß sie zunächst an den Dolus grenze, „unvermeidlich eintretende Folgen übrigens nie der bloßen luxuria sich beimessen liessen", hiemit also auch zu einer Grenzbestimmung greift die nicht durchzuführen ist.

Berner hat sich in der Imputationslehre S. 227 f. zunächst an Klein (Arch. d. Cr. Ns 1 S. 56 f.) angeschlossen. Den Grund der Strafbarkeit des culposen Thuns sieht er in dem Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, der sich bald als ein „animum non advertere", bald als „animum abvertere" darstellen kann. Dabei macht er die richtige Bemerkung, daß „das eigentlich schuldhafte Moment in der culposen Handlung immer ein negatives, ein Nichtaufmerken, ein Verabsäumen der gehörigen Besonnenheit" ist. Die beinahe zerfliessenden Ausführungen der Imputationslehre sind im Lehrbuch § 37 desto kürzer zusammengefasst:

> Culpa oder Fahrlässigkeit liegt vor wenn in Folge eines vermeidlichen Irrthums ein unbeabsichtigter verletzender Erfolg eingetreten ist. Unter der Vermeidlichkeit des Irrthums ist zu verstehn die Möglichkeit den Irrthum durch Anwendung der im bürgerlichen Leben erforderlichen Aufmerksamkeit aufzuheben.

Man möchte hiernach glauben die „erforderliche Aufmerksamkeit", „obl. ad diligentiam" verpflichte uns auch nur den Irrthum zu vermeiden, richtig zu erkennen was wir erkennen können; hätten wir dies gethan und dann trotz der Erkenntnis gehandelt, so könnten wir wol schuldig aber nicht der Culpa schuldig sein, da es eben nicht die Pflicht der Aufmerksamkeit sei gegen die wir verstoßen; sonach solle nur die unbewusste Culpa als solche gelten,

§ 30. was andre bewusste Culpa genannt haben zum Dolus gestellt werden. Daß dies aber doch nicht Berners Ansicht ist zeigt der folgende § 98:

1) Frevelhaftigkeit (luxuria) ist diejenige Fahrlässigkeit bei der das Bewusstsein der Möglichkeit des unbeabsichtigten vorliegenden Erfolgs obwaltete. Sie grenzt zunächst an den d. eventualis.

2) Unvorsichtigkeit heisst die Fahrlässigkeit wenn das Subject zwar kein Bewusstsein von der Möglichkeit des eingetretenen bösen Erfolges hatte, ein solches aber bei gehöriger Aufmerksamkeit haben konnte. Sowol bei der Frevelhaftigkeit wie bei der Unvorsichtigkeit teuscht sich der Handelnde in schuldhafter Weise. Doch ruht die schuldhafte Teuschung bei der Unvorsichtigkeit auf einem bloßen Mangel der Aufmerksamkeit auf den Erfolg [animum non advertere], bei der Frevelhaftigkeit hingegen auf einem leichtsinnigen Abwenden der Aufmerksamkeit von dem Erfolge [animum abvertere].

Berner sieht also auch in der Frevelhaftigkeit eine Verletzung der Pflicht zur Aufmerksamkeit, aber aufmerksamer selber als andere, bezeichnet er nicht das Nichtberücksichtigen gewonnener Voraussicht schlechthin als Unaufmerksamkeit, sondern nur insofern es auf Teuschung Irrthum Versehen beruht. Daß sich hieraus keine brauchbare Abgrenzung der Frevelhaftigkeit wider den s. g. d. eventualis entwickeln lässt, ist schon oben eingehend dargelegt worden. Hier mag noch die Frage angeregt werden, ob das animum abvertere mit Recht als mangelnde Aufmerksamkeit zu erfassen ist. Bei Berners Frevelhaftigkeit sieht der Handelnde und will nicht sehen, er teuscht sich selber indem er sich einredet nicht zu sehn obwol er doch gesehn hat. Warum will er sich dies einreden, sich selber teuschen? Man hat die Wahl unter zwei Antworten. Entweder der Handelnde will darum die erkannte Möglichkeit eines bösen Erfolgs

nicht sehn oder beachten, weil er wirklich nicht gesehn hat wie nah § 30.
diese Möglichkeit gelegen, für höchst unwahrscheinlich gehalten hat was nun wahr geworden ist. Betrachten wir diese Annahme genauer, so sehn wir daß wir hier mit einem Falle nicht der Frevelhaftigkeit sondern der Unvorsichtigkeit zu schaffen haben, denn der Handelnde hat in der That gar nicht gesehn, nicht so gesehn daß dies Sehn ihn bestimmen konnte, das Bild des Erfolges das ihm erschienen war ein so nebelhaft unsicheres daß er handeln durfte als ob er gar nichts gesehn; schuldvoll ist er nur darum weil er nicht besser gesehn. Oder die erkannte Möglichkeit schien nicht so fern zu liegen, der Thäter aber hat sie darum nicht beachten wollen, weil er auch andere Erfolge als mögliche vorhersah die ihm so werth waren, daß er diese Möglichkeit nicht aufgeben mochte um die andere sicher zu meiden. In diesem Falle aber kann von mangelnder Aufmerksamkeit keine Rede sein; der Handelnde hat alles gesehn was für ihn zu sehn war, und dann nach egoistischer Neigung wider sein Pflichtgefühl gehandelt. Daß er sich zugleich anstrengt nicht gesehn zu haben oder doch zu vergessen was er gesehn, wird als ganz fruchtloses Mühn erscheinen, keinesfalls geeignet sein die durch die andern Momente bestimmte Schuld zu mindern. Das „eigentlich schuldhafte Moment" ist hier, wie auch Berner selber zugeben dürfte (Imput. S. 229) kein negatives sondern ein positives, wie bei dem dolus überall, Ueberordnen des Eigenwillens über das Pflichtbewusstsein, zu dem dann hier ein zweites positives Element von geringerer Bedeutung hinzutritt, das Streben in sich das Pflichtgefühl zu ersticken. Somit scheint es als ob was Berner als Frevelhaftigkeit zusammenfassen möchte in zwei Hälften sich schiede, deren eine in das Gebiet der reinen Culpa fällt, die andre dem Dolus angehört.

Sorgfältig begründet wird die obl. ad dil. bei Hälschner, Syst. § 37:

§ 30. die Pflicht bei der Gestaltung der Absicht auch wirklich die Möglichkeit des Erfolges nicht blos an der eigenen Thätigkeit sondern zugleich an den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen und in Bewegung gesetzten mitwirkenden Ursachen abzumessen, um so weit als möglich den ganzen Entwicklungsgang der Verwirklichung der Absicht beherrschen zu können. Die Forderung die in dieser Beziehung an den Handelnden gestellt wird ist also allerdings zunächst die einer bestimmten Denkthätigkeit, die Forderung bei der Gestaltung der Absicht mit Vorsicht und Aufmerksamkeit zu verfahren. Da aber die Denkthätigkeit überhaupt nie von der Willensthätigkeit zu trennen ist, so kann auch die Denkthätigkeit in ethischer Beziehung nicht gleichgültig und bedeutungslos erscheinen, und darum ist die Forderung der Aufmerksamkeit und Vorsicht zugleich eine ethische an den Willen des Handelnden sich richtende.

Zu weiterer Begründung wird auf die Gottebenbildlichkeit des Menschen zurückgegangen:

Zum Wesen des Göttlichen Willens gehört nicht blos die Heiligkeit sondern ebensosehr die Weisheit.... Das nothwendige Abbild der Göttlichen Vorsehung ist die menschliche Vorsicht, vermöge deren der Mensch nicht blos seine Absicht auf irgend einen bestimmten Erfolg richtet, sondern auch bemüht ist den wirklichen Erfolg seiner Thätigkeit vorherzusehn . . . . um sich zum Herrn des Zusammenhangs von Ursach und Wirkung zu machen. Die Forderung der Vorsicht ist daher eine im Wesen des Willens liegende sittliche Forderung, und zwar auch nur die allgemeine: daß der Wille in seiner Thätigkeit sich als ein freier darstelle, als ein freier ebenso im Setzen des Zwecks wie in seiner praktischen Verwirklichung . . . . Es ist richtig daß der fahrlässig herbeigeführte Erfolg zunächst seinen

Grund hat in einem Mangel und Fehler des Erkennens. Insofern aber einerseits dem Menschen die Fähigkeit und Möglichkeit dieses Erkennens gewährt ist, und es andererseits ein wesentliches Moment der menschlichen Freiheit bildet, so ist der Mangel desselben zugleich eine sittliche Schuld des Willens. § 30.

Uebrigens nimmt auch Hälschner zwei Arten der Culpa an:

§ 38 .... In der Abstufung der Schuld lässt sich eine qualitativ bestimmbare Grenze nur in Rücksicht auf den Umstand ziehn, ob der Handelnde mit dem Bewusstsein der Möglichkeit des nicht beabsichtigten Erfolges gehandelt hat oder nicht. In beiden Fällen ist der Erfolg ein durch Fahrlässigkeit bewirkter, weil ein von der Absicht ausgeschlossener; im erstern aber ist die Schuld eine größere, weil bei der vorhandenen Erkenntnis des Causalzusammenhangs das schuldhafte negative Verhalten des Willens, das Nichtvermeiden des als möglich erkannten Erfolgs in viel bestimmterer Weise sich geltend macht als in dem zweiten Falle, wo es als ein Nichterkennenwollen des Causalzusammenhanges erscheint. Den ersteren Fall der Fahrlässigkeit bezeichnet man als Frevelhaftigkeit, luxuria, den zweiten als Unvorsichtigkeit.

Wir können hier die Uebersicht über die Meinungen derjenigen abschneiden, die als Stimmführer heut zu Tage betrachtet werden dürften. Trotz aller Divergenz im Einzelnen hat sich doch eine Art communis opinio hinsichts mancher Punkte gebildet: daß die Culpa auf einem Willensfehler beruhe, in einem Nichtthun bestehe, eine Verletzung der obl. ad diligentiam enthalte, in zwei Hauptarten bewusste und unbewusste Culpa zu scheiden sei. Es fehlt aber auch nicht an Dissidenten: Köstlin begrenzt die Culpa, reine Culpa so eng wie ich, weist dann aber die Frevelhaftigkeit nicht dem Dolus zu, sondern bezeichnet sie als Mittelstufe zwischen Dolus und

§ 30. Culpa, mehr darüber in Beilage I. Andere, so Stübel Roßhirt Luden Temme Zerbst wollen entweder alle Culpa oder doch wenigstens die reine unbewusste Culpa ganz aus dem Strafrecht entfernen. Bevor wir gegen diese uns wenden, wollen wir noch sehn was die heutige Doctrin über die Annahme verschiedener nach Höhe der Schuld fest zu bestimmender Stufen der Culpa, und über die Umgrenzung der Verbrechen bei denen culpose Verübung möglich ist, vorträgt.

Betreffs jener Frage hat die Doctrin unseres Jahrhunderts denselben Entwicklungsgang genommen auf den wir schon bei Feuerbach hingewiesen haben. Die dreigliedrige Culpa scheint durch den Einfluss des Hasseschen Werks auch von dem Felde des Criminalrechts ziemlich rasch verdrängt worden zu sein. Ein Anklang daran findet sich noch bei Abegg Lehrb. d. Strafrechtswissenschaft (1836) § 86:

> [Die Abstufungen der Fahrlässigkeit] können viele Grade zulassen, die zwar in ihren Eigenthümlichkeiten nicht anders als mit Rücksicht auf concrete Umstände näher bezeichnet werden, jedoch im allgemeinen und für den praktischen Gebrauch sich danach bestimmen lassen daß die Culpa um so größer ist je wahrscheinlicher das Eintreten eines gesetzwidrigen nicht gewollten aber doch gekannten oder pflichtmäßig zu kennenden Erfolges war, und um so geringer je wahrscheinlicher das Gegentheil war, zwischen welchen beiden der Fall gleicher Möglichkeit in der Mitte steht.

Dazu die Ausführungen:

> nahe und entfernte culpa innerhalb welcher wieder jene drei Grade und jeder dieser mit Modificationen eintreten können....
>
> für den praktischen Gebrauch mag es hinreichend sein nur zwei Grade lata und levis culpa zu unterscheiden, ohne

dies jedoch blos deshalb zu thun um nicht für einen Anhänger § 30.
der jetzt allgemein verlassenen Theorie der drei Grade der culpa im Civilrecht zu gelten.

Der Gegensatz von nur culpa lata und levis findet sich unter anderm bei Wächter (1825) Lehrb. des R. J. Strafrs I § 80, Meister (1828) Princ. jur. crim. § 40, Klenze (1833) Lehrb. des gem. Strafrs S. 44.

Gegen die Zweitheilung so gut wie die Dreitheilung nach rein quantitativen Momenten polemisirt sehr energisch Berner (1843) in der Imputationslehre S. 237 f.:

es liegt hierin daß es eine unzählige Menge von Graden der culpa geben kann.... Im Grunde geht das System der zwei Grade davon aus, daß es nur eine culpa gibt bei welcher jedoch erschwerende Umstände vorkommen können. .....Da diese Unterscheidungen keineswegs im Wesen der Sache, im eigenen Begriff der culpa ihre Begründung haben, sondern auf einer äusserlichen Relativität beruhn, so können wir wie brauchbar sie auch im Civilrecht sein mögen im Criminalrecht durchaus keinen Gebrauch von ihnen machen. Die Römer haben dies sehr wohl gefühlt, und ein richtiger Takt hat sie bestimmt des Unterschieds einer lata levis und levissima culpa im Criminalrecht gar keine Erwähnung zu thun.... Die quantitative Grenze ist allemal eine haltungslose.

Diese Anschauung, daß zwar die Schuld bei der culpa bald geringer bald größer sein könne, daß dabei aber nach der Größe keine bestimmten Abgrenzungen zu machen seien, ist jetzt durchweg als die herrschende zu betrachten. Man vergleiche: Heffter Lehrb. 6. Aufl. § 68, der auch schon in früheren Ausgaben dieselbe Meinung vertreten, Köstlin System § 66, Hälschner System § 38 und Anm. dazu.

§ 30. Mit der Verwerfung der festen Culpastufen in einigem Zusammenhange steht die Annahme daß die culpa auch dem casus gegenüber keinen allgemein gleichmäßig bestimmten Anfangspunkt habe. Dies sagt Heffter a. a. O. § 68:

> es liegt in der Natur der Schuld und Strafbarkeit daß jeder Mensch blos dafür verantwortlich gemacht werden darf, was er nach seinen eigenthümlichen Verhältnissen zu wissen und zu leisten im Stande war um den ihm obliegenden Pflichten zu genügen.

Dasselbe drückt Köstlin a. a. O. § 66 so aus:

> Die Grenze der Culpa gegen den Zufall ist ihrem Begriffe gemäß relativ;

wenn er später hinzusetzt, hinsichts der von dem einzelnen zu erfordernden Vorsicht könne die

> Zumuthung nicht über die Grenze gewöhnlicher Einsicht und Vorsicht eines Individuums ausgedehnt werden,

so dürften ihm auch hierin jetzt die meisten freilich nicht ohne kleine Abweichungen zustimmen: Feuerbach Lehrb. 14. Aufl. § 58, Berner Lehrb. § 97, Heffter a. a. O. § 68, Hälschner a. a. O. § 37 Anm. 1.

Die andre Frage ist endgültiger Entscheidung noch nicht ebenso nahe geführt worden. Als sicheres von der gemeinen Doctrin angenommenes Resultat dürfte sich nur das bezeichnen lassen, daß nicht bei allen Verbrechen culpose Begehung möglich sei. Feuerbach sagt in den neuesten Ausgaben des Lehrb. § 55, die Culpa setze das Dasein eines Strafgesetzes voraus, das auch die unvorsätzlichen Rechtsverletzungen mit Strafe bedrohe, und dazu in der Anmerkung:

> Dahin gehört besonders Tödtung Körperverletzung gemeingefährliche Beschädigung des Eigenthums. Verbrechen zu deren Thatbestand schon eine bestimmte Art des rechtswidrigen

Vorsatzes wesentlich erfordert wird, z. B. Hochverrath Majestätsbeleidigung Diebstahl Betrug Fälschung Ehrenbeleidigung u. dgl. schliessen die Fahrlässigkeit als strafbare Uebertretung aus. § 30.

So wenig bestimmt der Ausdruck „eine bestimmte Art des rechtswidrigen Vorsatzes" ist, so liegt doch zu Tage daß hier eine principielle Unterscheidung wenigstens versucht wird; und so wenig entwickelt der Versuch ist, der Keim des Richtigen ist darin nicht zu verkennen. Weit haltloser ist was Mittermaier in N. V dazu bemerkt:

Nie lässt sich erweisen daß gemeinrechtlich bei allen Verbrechen wenn Culpa dabei vorkommt Strafe begründet sei. Auch nach allgemeinen Gründen wäre dies nicht richtig. Diese Ansicht, daß nicht bei allen Verbrechen Culpa strafbar sein soll, siegt jetzt auch in der Wissenschaft und in den Deutschen Gesetzgebungen. Wie nachtheilig hat sich in Baiern die allgemein gefasste Vorschrift, nach der bei allen Verbrechen Culpa bestraft werden soll, gezeigt. In Frankreich ist schon lange die Ansicht geltend, daß nur bei gewissen Verbrechen (Tödtung Verwundung) Culpa strafbar ist.

Heffter a. a. O. § 69 verneint ausdrücklich die Möglichkeit ein festes Princip aufzufinden, von welchem aus im gemeinen Recht die Verbrechen die auch culpos verübt werden können von den übrigen zu unterscheiden seien,

indessen ergibt sich durch Vergleichung der gesetzlichen Verordnungen, und durch Untersuchung des Charakters der einzelnen Verbrechen, dieses:

I. Wenn eine gewisse Form des Handelns schlechthin, oder eine That mit rechtswidrigen Folgen verpönt ist, so kann das Verbrechen sowol vorsätzlich als auch aus Versehen begangen werden; es müsste denn bei einem Strafgesetz der erstern Art

§ 30. nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nur die wissentliche Uebertretung gestraft werden sollen.

II. Setzt das Strafgesetz zu einem verbrecherischen Handeln eine bestimmte Willensrichtung voraus, so kann das Verbrechen auch nur durch einen derartigen Dolus nicht auch mit Culpa und Luxuria begangen werden.

Was wir hieraus entnehmen können ist wol nichts unrichtiges, will uns aber doch auch noch nicht ganz ausreichend erscheinen. Eine schärfere Umgrenzung versucht Köstlin a. a. O. § 65 Anm. 4:

Das eigenthümliche Gebiet der reinen Culpa beschränkt sich auf diejenigen Rechtsverletzungen, welche durch den Anstoß eines nicht vorbedachten Naturcausalismus entstehen können. Dies ist aber keineswegs bei allen der Fall, da es vielmehr

A. eine Reihe solcher Rechte gibt, die zwar durch Vermittlung eines Zufalls factisch laedirt aber eben als Recht nicht ohne Vorsatz verletzt werden können (wie Ehre, Freiheit, das Recht der Ehe...), sowie

B. eine Reihe von rechtsverletzenden Handlungen, welche als solche gar nicht begangen werden können ohne daß jedes ihrer Momente mit Bestimmtheit in der Ueberlegung des Vorsatzes gegenwärtig war (wie Diebstahl Betrug u. s. w.)

Die hierin liegende Beschränkung des Gebiets der Culpa ist daher nicht blos eine Folge gesetzgeberischer Willkür oder strafpolitischer Klugheit, sondern sie liegt in der Natur der Sache. Wieder etwas andres ist es daß

C. bei Polizeivergehn zwischen Vorsatz und Culpa nicht unterschieden wird.

Alle Anerkennung dem Streben tiefer einzudringen und zu einem Princip für die Abgrenzung sich hindurchzuarbeiten; auch mag man

zugeben daß Köstlin nicht in ganz falscher Richtung vorgeht, aber § 30.
an das Ziel ist er sicher nicht gekommen. Lassen wir einstweilen die Polizeivergehn bei seite, so nennt Köstlin:

A. Rechte die als solche ohne Vorsatz nicht verletzt werden können,

B. Handlungen die als solche ohne Vorsatz nicht begangen werden mögen.

Knüpfen wir die Betrachtung zunächst an diese zweite Kategorie. Was heißt: „Handlungen die als solche" ohne Vorsatz nicht zu begehn sind? Es versteht sich von selber daß alle vorsätzlichen Handlungen als „solche" d. h. als vorsätzliche nicht ohne Vorsatz, wie alle culposen als solche d. h. als culpose nicht ohne Culpa zu begehn sind. Köstlin kann also nur meinen, daß die äusseren Formen gewisser Handlungen, sammt gewissen Folgen die sie nach sich ziehn, in Wirklichkeit von einem zurechnungsfähigen Individuum nur ausgehn können, wenn dieses Individuum vorsätzlich handelt. Aehnliches habe ich oben (S. 322) ausgesprochen, und muss also auch hier unweigerlich anerkennen daß Köstlin der Sache nach recht hat. In den Beispielen aber dürfte er sich vergriffen haben. Zu den Handlungen die überall nur vorsätzlich verübt im Leben auftreten können möchte ich Nothzucht zählen und andre Fälle des crimen vis, bei denen dem Körper eines andern unmittelbar Gewalt geschieht. Es scheint geradezu undenkbar daß die Körperbewegungen, die eine Nothzucht bewirken von einem zurechnungsfähigen Individuum gemacht werden könnten, das gleichwol den Erfolg der Nothzüchtigung nicht vorhersähe und beabsichtigte. So auch bei den andern Fällen der vis wo die Berührung eine so nahe, daß die Einwirkung auf den zu bewältigenden nicht wol zu übersehn ist. Aber nicht hieher gehört der Diebstahl. Freilich ist culposer Diebstahl, Diebstahl ohne Absicht ein Unding, aber nicht darum weil ohne Absicht der äussere Thatbestand des Diebstahls, wie der der Nothzucht, niemals zur Erscheinung kommen könnte, sondern

§ 30. darum weil wo er zur Erscheinung kommt, er als Thatbestand des Diebstahls, überhaupt nur zu erfassen ist wenn er aus dem entsprechenden innern Thatbestand, der verbrecherischen Absicht hervorgeht. Was äusserlich von Handlung und Erfolg zum Bestehn des Diebstahls erfordert wird, kann auch ohne jede böse Absicht oder Culpa, zum Scherz oder in unschuldiger Absicht, hervorgerufen werden (vgl. oben S. 323 f.). Etwas zweifelhafter erscheint der Betrug. Zum äussern Bestande desselben gehört Vermögensbeschädigung, dadurch daß Irrthum von einem andern erregt oder benutzt wird. A macht dem B glaubhafte aber falsche Mittheilung über ein industrielles Unternehmen und bestimmt ihn hiedurch ihm dem A gewisse Papiere zum Preise weit über ihren Werth abzukaufen. War A hiebei selber in bona fide, so ist dies sicherlich kein Betrug, ohne jegliche Aenderung des äussern Thatbestands aber wird es Betrug sobald wir annehmen daß A wissentlich und animo lucri faciendi gehandelt hat. Ich stimme Köstlin zu daß kein Betrug culpos begangen werden kann, der Grund aber ist nicht darin zu suchen, daß die „Handlung als solche" d. h. die äussere Handlung mit den zu dem Verbrechen gehörigen äusseren Erfolgen nur aus vorsätzlicher Ueberlegung hervorgehn könnte.

Hat Köstlin demnach die ad B, richtig angenommene Kategorie mit falschen Beispielen erfüllt, so scheint die Kategorie ad A, jeder genügenden Umgrenzung zu ermangeln. Wie sollen wir die Reihe der Rechte abschliessen, die angeblich „zwar durch einen Zufall factisch laedirt aber als Recht nicht ohne Vorsatz verletzt werden können"? Rechtsverletzungen im engern Sinn, zurechenbare Rechtsverletzungen, andre interessiren uns im Strafrecht gar nicht, können überhaupt nicht bestehn ohne daß sie auf Vorsatz oder auf Culpa sich zurückführen lassen. Sagt man uns nun culpose Rechtsverletzungen könnten sich nur auf die Rechte beziehn, bei welchen die Verletzung nicht nur vorsätzlich bewirkt werden könne, so sind

wir dadurch wenig klüger geworden. Uebrigens aber dürfte diese § 30.
Abgrenzung nach Natur der verletzten Rechte, wie Köstlin sie aufstellt, nicht nur ungenügend sondern falsch sein. Man sieht nicht warum ein Recht des Staats auf seine Integrität durch Zufall zwar laedirt, ohne Vorsatz aber nicht rechtlich verletzt werden könnte, wenn bei dem Recht des Einzelnen auf körperliche Integrität eine unvorsätzliche Verletzung des Rechts als Rechtes möglich ist; und doch würde Köstlin schwerlich culposen Hochverrath anerkannt oder culpose Tödtung geleugnet haben. Auch vermag ich nicht zu sehn daß Verletzungen der Freiheit wirklich wesentlich anders zu erfassen wären als Verletzungen des Eigenthums. Zündet der Blitz mein Haus an, falle ich in den alten Schacht oder den Bergspalt, so wird mein Eigenthum und meine Freiheit vernichtet, ohne eigentliche Rechtsverletzung. X schiesst in entschuldbarem Irrthum meinen Hund todt den er für den seinen hält, der Polizeidiener in ähnlichem Irrthum fasst mich statt des Diebes. Ein Schritt weiter X hätte sich sagen können daß jenes nicht sein Hund, der Polizist daß ich nicht der Dieb. Das ändert an den Thatsachen nichts, daß der Hund todt und daß ich einige Tage im Gefängnis gesessen. Ich sehe aber auch nicht daß bei gleich leichtsinnigem Irrthum der Polizist minder schuldig wäre als der Hundetödter.

Anders als Köstlin sucht Berner Lehrb. § 97 das Feld der culposen Vergehungen zu begrenzen:

> In der Regel setzt das Verbrechen Absicht voraus. Die Bestrafung bloßer Fahrlässigkeit bildet die Ausnahme. So lange das Gegentheil nicht aus besondern Gründen erhellt, ist die Absichtlichkeit als ein Erfordernis der Strafbarkeit der That vorauszusetzen. Strafandrohungen gegen bloße Fahrlässigkeit sind nur am Orte wenn sie
>
> A. durch die besondere Wichtigkeit des Gegenstandes der Verletzung, oder

§ 30. B. durch polizeiliche Rücksichten, oder endlich
C. wegen einer durch die Fahrlässigkeit verletzten Berufspflicht gefordert werden.

Der Köstlinschen Anschauung sich nähernd nur wo er die „polizeilichen Rücksichten" nennt, übrigens durch „Wichtigkeit des Gegenstandes der Verletzung" und „verletzte Berufspflicht" die eigenthümliche Beschaffenheit des verletzten Rechts und die Unmöglichkeit die fragliche Handlung unvorsätzlich zu begehn ersetzend. In dieser Bernerschen Definition scheint noch weniger richtiges enthalten als in der Köstlins. „Wichtigkeit des Gegenstandes"; aber welches Verbrechen richtet sich gegen einen wichtigeren Gegenstand als der Hochverrath? und ferner, Diebstahl so gut wie damnum injuria datum richten sich gegen denselben Gegenstand, warum also kann nicht jener wol aber dieser culpos verübt werden? — „Verletzte Berufspflicht"; auch dies ist nicht zutreffend, was richtig hierin dürfte darauf hinauslaufen: erstlich daß Beamte nicht selten zu besonderer Sorgfalt verpflichtet sind, bei Vergehn also die überhaupt culpos begangen werden können leichter schuldig werden mögen als andere, anderen eine größere Fahrlässigkeit verziehn wird als ihnen; zweitens daß unter den Vergehn wider Berufspflicht verhältnismäßig viele Vergehungen wider Gebot, sind, bei denen nicht das Bewirken sondern das Nichtbewirken eines Erfolgs gestraft wird. Daß diese Vergehungen wider Gebot regelmäßig, auch wo sie nicht von Beamten begangen keine Verletzung einer Berufspflicht enthalten, auch culpos verübt werden können ist nicht zu leugnen. Abgesehn aber hievon ist die Strafbarkeit der Culpa auch bei verletzter Berufspflicht als Regel nicht anzunehmen: von einem culposen sich bestechen lassen der Beamten wollen wir ebensowenig wissen wie von culposer Amtserpressung. „Polizeiliche Rücksichten" und nach Köstlin „Polizeivergehn". Ich habe in § 11 ausgeführt daß die s. g. Polizeivergehn nichts sind

als kleine Vergehn überhaupt, mit willkürlicher Abgrenzung. So- § 30.
viel man hierwider erinnert hat, ich meine gerade hier im vollen Recht zu sein, und wenn ich vielen gegenüber etwas vereinzelt zu stehn scheinen könnte, so erinnere ich wiederholt daran, daß ich jedem einzelnen meiner Gegner entgegen die große Majorität auf meiner Seite habe, da jeder einzelne Versuch principieller Unterscheidung der Verbrechen und Polizeivergehn von weit mehren verworfen als gebilligt ist. Bei Polizeivergehn kann also nichts andres gelten als bei Verbrechen überhaupt, und aus polizeilichen Rücksichten zu strafen was an sich nicht strafwürdig ist, muss als ungerechter Misbrauch der Strafgewalt erscheinen.

Hälschner System § 39 behandelt die Frage, welche Verbrechen auch culpos zu verüben seien nur im Hinblick auf das Preussische Strafgesetzbuch; er erkennt an daß die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit „durch den eigenthümlichen Thatbestand des Verbrechens ausgeschlossen" werden könne, ohne über diese Eigenthümlichkeit des Thatbestands zu ermitteln was von allgemeiner Bedeutung wäre.

Wir kommen nun zu denen, die die Culpa ganz aus dem Strafrecht verbannen möchten. Es dürfte genügen wenn wir auf die Argumentationen von Luden Temme Zerbst näher eingehn. Ludens Ausführung, Handbuch § 40 ist scheinbar, aber doch nicht überzeugend, weil sie sich weniger gegen die Sache selbst als gegen eine schlechte Darstellung der Sache richtet. Indem L. gegen die unbewusste Culpa überhaupt streiten will, kämpft er doch nur gegen die ungenügende Fassung die diesem Begriff von Feuerbach in den letzten Auflagen des Lehrbuchs gegeben worden.

Die unbewusste culpa soll darin bestehn, daß der Handelnde selbst daran schuld gewesen sei den Zusammenhang seiner Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge nicht vorhergesehn

§ 30. zu haben, weil er sich selbst durch eine freiwillige Handlung in einen Zustand versetzt habe in welchem er das Verbrechen auch ohne dolus und ohne unmittelbare culpa begehn konnte.

Luden meint nun was Thäter in diesem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit gethan könne für seine Bestrafung nicht maßgebend sein, „höchstens daß er sich in solchen Zustand freiwillig versetzt habe", aber auch dies sei keine mittelbare Culpa, denn entweder der Thäter habe die Gefährlichkeit des Zustands vorausgesehn, dann sei die Culpa eine bewusste, oder er habe gar nicht vorausgesehn, wo ihm was er gethan gar nicht zum Verbrechen gemacht werden könne.

Ich möchte fragen, wenn das sich freiwillig in den Zustand des Nichtwissenkönnen Versetzen strafbar sein kann, wie Luden selber einräumt, ob dann nicht auch das sich nicht aus dem Zustande des Nichtwissens befreien, ebenso strafbar sein dürfte, vorausgesetzt daß man hiezu die Kraft hat, und um die Kraft, und somit auch um die Verpflichtung sie zu gebrauchen weiß? Consequent würde Luden in diesem Falle Strafbarkeit annehmen müssen, die gleichwol weder aus dolus noch s. g. bewusster culpa herzuleiten wäre, wenn der Thäter die schädlichen Folgen seines Nichtwissens, wie wir annehmen müssen, nicht im voraus erkannt hat. Ludens Beweisführung trifft unsere Herleitung der Schuld und Strafbarkeit bei reiner Culpa gar nicht, daher wir mit ihm als mit einem Gegner der nicht unser Gegner, nicht weiter streiten wollen.

Durchgreifender ist Temmes Deduction Preuss. Strafr. § 52:

Nach richtigen strafrechtlichen Grundsätzen kann dem verbrecherischen Willen, also dem Vorsatze nur der Zufall gegenüber gestellt werden. . . . Die Culpa bezieht sich auf den

äussern Erfolg einer Handlung. Sie setzt immer eine § 30.
Handlung des Menschen also eine aus seinem Willen hervorgegangene Thätigkeit voraus. Ob aber auch die äussere Wirkung der Erfolg den die Handlung gehabt hat von dem Handelnden gewollt sei, darauf kommt es an. Ist er gewollt so ist Vorsatz da, ist er nicht gewollt so ist dem Willen des Handelnden gegenüber allerdings immer nur Zufall da, allein dieser Zufall kann durch irgend ein schuldhaftes Benehmen des Handelnden vermittelt veranlasst sein. Liegt eine solche schuldhafte Veranlassung des Handelnden nicht vor, so wird bloßer Zufall angenommen; liegt sie vor, so ist ein Versehen des Handelnden da: aus seiner (gewollten) Handlung ist durch sein Versehen ein von ihm nicht gewollter Erfolg entstanden. Hat dieser Erfolg das Recht verletzt so ist es ein Rechtsversehen. Ist der Erfolg von dem Strafgesetz mit Strafe bedroht, so ist das Versehen ein strafbares Versehen Criminalculpa, im Strafrecht schlechtweg Culpa. Hieraus ergibt sich daß das strafbare Moment im Falle der Culpa anderswo liegt als in dem Falle des Dolus [richtig]. Bei diesem wird die mit dem bösen Vorsatz vorgenommene Handlung selbst bestraft, sogar als Conat wenn sie den strafbaren Erfolg nicht. Bei der Culpa ist die Handlung für sich völlig straflos [falsch], nur der durch das Verbrechen herbeigeführte Erfolg wird gestraft [falsch].

Es ist von Interesse dieser äusserlich richtigen Entwicklung zu folgen, die gleichwol zu gänzlich falschen Resultaten führt. Ein Grundfehler der schon oben (§ 29) gerügt ist, schimmert auch hier wieder durch, daß Temme mit den Ausdrücken Handlung und Wollen nicht abgeschlossene Begriffe verbindet, vom Wollen eines Erfolgs redet ohne genügend festzustellen was unter diesem Wollen zu verstehen, namentlich wie es von dem Wollen der

§ 30. Handlung zu unterscheiden sei. Aber gesetzt auch das Wollen des Erfolgs wäre ein fest begrenzter Begriff: dann soll jeder nicht gewollte Erfolg nach Temmen als Zufall gelten. Andre meinen der nicht gewollte Erfolg könne zufällig oder culpos sein; da T. auch seinen „Zufall" in „bloßen Zufall" und „Versehen" zerlegt, so könnte es scheinen man streite nur um Worte, Temme wolle nur das Wort „Zufall" in so weitem Sinne gebrauchen wie die Römer „casus", daß es die culpa auch mitumfassen könne. Aber Temmes Opposition gegen die gemeine Lehre greift doch weiter. Der Hauptirrthum Temmes spricht sich in dem Satze aus:

> aus seiner gewollten Handlung ist durch sein Versehen ein von ihm nicht gewollter Erfolg entstanden.

Nein, daran daß aus der Handlung nachdem diese wirklich geworden der Erfolg hervorgegangen, daran trägt das Versehen keine Schuld, ob ich sehe oder mich versehe das Band das den Erfolg an meine Handlung knüpft wird darum kein anderes; aber daß ich überhaupt gehandelt habe, das ist geschehn nur weil ich mich versehn habe. Freilich wenn ich mich nicht versehen hätte, würde der Erfolg aus meiner Handlung nicht hervorgegangen sein, aber nur darum weil ich dann auch nicht gehandelt hätte. Aus diesem Irrthum Temmes erklärt sich daß er ganz richtig bemerkt, „daß das strafbare Moment im Falle der Culpa ganz anderswo liegt als im Falle des Dolus", und doch dies strafbare Moment bei der Culpa nicht zu finden weiss. Er meint der Erfolg werde gestraft bei der Culpa. Könnte wirklich je der Erfolg an dem ihn verursachenden gestraft werden, warum strafen wir dann nicht auch den rein zufälligen Erfolg? Aber was wir strafen ist überall das innere unsichtbare Band das das Eintreten des Erfolges mit den geistigen Bewegungen des Thäters verknüpft, mit anderm Wort die Schuld die in der Vornahme der den Erfolg bewirkenden Handlung liegt.

Ohne Schuld keine Strafe, nur Zufügung eines grundlosen Uebels. Was Temmen geteuscht hat spricht er selber aus: § 30.

Wer zwischen hundert Menschen schiesst um einen Vogel zu treffen ist straflos wenn er keinen der Menschen beschädigt hat; er wird bestraft wenn durch sein Versehen dieser Erfolg seines Schiessens eingetreten ist.

Wieder bemerken wir den schon erwähnten Irrthum: hielt X sein Gewehr in dieser Richtung und drückte los, so traf die Kugel den A, ganz gleichviel was X sah und dachte, daß die Handlung den Erfolg gehabt, daran ist des X Versehn nicht schuld, wol aber daran daß X gehandelt, gerade so gehandelt hat. Weiter aber ist es richtig daß das positive Recht den X nur straft wenn seine Kugel den A trifft; nicht richtig aber ist was Temme hieraus folgert daß, treffe die Kugel nicht, X der ungestraft bleibt darum auch schuldlos sei. Während wir nur strafen können wo Schuld vorhanden ist, können wir doch die Schuld auch ungestraft lassen, die Ungestraftheit beweist die Schuldlosigkeit nicht. Nachdem aber Temme die Ungestraftheit mit der Schuldlosigkeit verwirrt hat, schliesst er consequent weiter: bei diesem geistigen (culposen) Verhalten im Falle des Ausbleibens schädliches Erfolgs keine Strafe also keine Schuld, bei gleichem geistigen Verhalten aber eintretendem Erfolge natürlich nicht mehr Schuld aber doch Strafe, also keine Strafe der Schuld nur des Erfolgs; eigentlich also fehle es hier am rechten Grund der Strafe, die nur durch äussere Rücksichten bestimmt werde.

Den Temmeschen Anschauungen stehn nahe die von Zerbst im Archiv des Criminalrechts N. F. 1856 S. 215 f. und S. 405 f. niedergelegten.

Dolus ist der Wille eine durch ein Strafgesetz verbotene Handlung mit Bestimmtheit hervorzubringen. Selbstverständlich ist es natürlich daß dieser verbrecherischen Willensbe-

§ 30. stimmung die Vorstellung zu Grunde liegen muss, daß zwischen der Handlung zu welcher ich mich entschliesse und zwischen dem Erfolg den ich durch sie beabsichtige Causalzusammenhang statt findet. Da der Wille seinem Wesen nach stets etwas bestimmtes ist, so folgt daraus daß die Vorstellung von dem Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg bei dem verbrecherischen Willen eine Vorstellung von der Nothwendigkeit dieses Causalzusammenhangs sein muss, eine Vorstellung aber von der bloßen Möglichkeit dieses Causalzusammenhangs nicht einen verbrecherischen Willen bedingen kann, denn bei der Vorstellung der bloßen Möglichkeit des Causalzusammenhangs würde der Wille etwas Schwankendes Unbestimmtes werden und somit aufhören Wille zu sein oder richtiger gesagt der Wille würde garnicht existiren.

Hiemit hat Zerbst in schönster Form bewiesen, was er nicht beweisen wollte, daß ein auf den Erfolg gerichteter Wille nicht existiren kann. Ein solcher Wille würde die Einsicht in die Nothwendigkeit des Causalzusammenhangs bei dem Wollenden voraussetzen, diese Nothwendigkeit als solche können menschliche Kräfte nie im voraus entdecken, also fehlt es an der unentbehrlichen Voraussetzung dieses Willens, und also auch an ihm selber. Zerbst hat damit sein Hauptargument für das thema probandum, daß die Culpa nicht in einem Willensfehler bestehe, selber zerstört.

Der Wille eines Menschen kann einem bestimmten Erfolg gegenüber nur entweder als existent oder als nicht existent gedacht werden, und es ist daher für Beantwortung der Frage ob jemand einen bestimmten Erfolg gewollt hat oder nicht ganz gleichgültig ob er etwas drittes viertes was möglicherweise in ursachlichem Zusammenhang mit dem eingetretenen Erfolge stehn kann gewollt hat oder nicht. Hat er nicht den

Erfolg selbst gewollt, ist der Wille nicht in ununterbrochener § 36.
Linie durch die Handlung durch und über sie hinausgegangen so daß er in seiner letzten Spitze auf den Erfolg selbst gestoßen ist, so hat eben diesem bestimmten Erfolg gegenüber der Wille nicht existirt, der Erfolg selbst kann nicht in das Bereich des Willens reducirt werden, weil zwischen ihm und dem Willen kein Zusammenhang besteht.

Aber, wie wir aus Zerbsts eigener Entwicklung entnehmen mussten, kann der Erfolg überhaupt nie „in das Bereich des Willens reducirt werden", da die unentbehrliche Voraussetzung dieser Reduction, Erkennen der Nothwendigkeit des fraglichen Erfolgs auf Erden nicht zu finden ist. Wir könnten danach den Willensfehler bei dem dolus mit gleichem Recht in Zweifel ziehn wie bei der culpa. Müssen wir uns aber bescheiden den auf den Erfolg gerichteten Willen überall als etwas minder bestimmtes anzuerkennen, so werden wir auch einräumen, daß aus dem Fehlen desjenigen, was wir eben unter dem auf den Erfolg gehenden Willen verstehen mögen, die Schuldlosigkeit des Wollens bei der den Erfolg hervorrufenden Handlung nicht nothwendig sich ergebe.

Das zweite Argument Zerbsts ist das auch schon von Temme benutzte, die Straflosigkeit des culposen Versuchs. Ich concedire: will man die Strafbarkeit des culposen Handelns aus einem Willensfehler herleiten, so muss man bei gleichem Wollen und gleichem Handeln gleiche Strafbarkeit behaupten, ohne Unterschied ob äusserer Umstände wegen ein böser Erfolg dem gefährlichen Handeln gefolgt ist oder nicht; und damit, daß wenn wir nun doch im Leben Strafe nur dann angewandt sehen wann der böse Erfolg eintritt nicht wann er ausbleibt, uns dies wol bedenklich machen kann, ob denn wirklich in beiden Fällen gleiche Strafbarkeit vorhanden und ob unsere Deduction die richtige sei. Aber gerade unser Bedenken muss uns zeigen daß wir auf dem richtigen

§ 30. Wege vorgegangen sind, und daß die unseren Resultaten scheinbar widersprechende Thatsache auf die wir im Leben stoßen, denselben in der That nur scheint zu widersprechen. Denn unterscheiden müssen wir zwischen idealer Strafbarkeit, die überall an das Dasein der Schuld sich knüpft, und positivrechtlicher Strafbarkeit, bei welcher die Schuld auch ungestraft bleiben kann aus Nützlichkeitsgründen. In dem Ungestraftbleiben der unvorsichtigen Handlung die keinen schädlichen Erfolg nach sich gezogen bewährt sich diese Rücksichtsnahme auf das Nützliche, daher beweist diese Straflosigkeit nicht auch die Schuldlosigkeit des Handelnden, und es fehlt uns der Boden um von hieraus weiter die Schuldlosigkeit des Handelnden auch wenn der Erfolg eingetreten wäre zu erweisen.

---

§ 31.

Definitionen des Dolus in den Particulargesetzen.

§ 31. Was von der modernen Particulargesetzgebung über die Zurechnung verordnet ist findet sich theils in allgemeinen Bestimmungen, die ein für allemal diese Fragen entscheiden sollen, theils in Specialvorschriften zerstreut, in denen beiläufig die Consequenzen der angenommenen Grundsätze hervortreten. Wäre irgendwo eine scharf durchdachte und klar erkannte Zurechnungstheorie zur Herrschaft gelangt, so würde dieselbe vermuthlich gerade in den allgemeinen Bestimmungen den ihr am meisten entsprechenden Ausdruck gefunden haben; bei der Entwicklung einzelner Folgerungen hätte sich der Irrthum leichter einschleichen und verstecken können. Auch jetzt scheint es gerathen die Darstellung der Zurechnungslehre wie sie aus den allgemeinen Definitionen sich ergibt gesondert zu behandeln, weil sie gleichsam ein Mittelglied bildet zwischen den

Theorieen der Doctrin und den mehr instinctiv empfundenen Be- § 31.
dürfnissen der Praxis, die auf die Gestaltung der Einzelbestimmungen Einfluss geübt haben.

Fern von allen andern Definitionen steht die Bestimmung mit der das Strafgesetz von Oesterreich beginnt:

> § 1 Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert. Böser Vorsatz aber fällt nicht nur dann zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Uebel welches mit dem Verbrechen verbunden ist geradezu bedacht und beschlossen; sondern auch wenn aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann.

Hiemit ist noch zu vergleichen:

> § 2 Daher wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet:
>
> a—d) [mangelnder Gebrauch der Vernunft, abwechselnde Sinnenverrückung, Berauschung, jugendliches Alter],
>
> e) wenn ein solcher Irrthum mit unterlief der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liess;
>
> f) wenn das Uebel aus Zufall Nachlässigkeit oder Unwissenheit der Folgen der Handlung entstanden ist;
>
> g) [Zwang und Nothwehr.]

Was hier (§ 1 und § 2) „Uebel" genannt wird ist augenscheinlich dasselbe was wir bisher als „Erfolg" des Verbrechens bezeichnet haben. Dolus „böser Vorsatz" soll vorhanden sein wenn „bei der Unternehmung oder Unterlassung"

1) dieser Erfolg „geradezu bedacht und beschlossen ist",
2) dies nicht der Fall ist, aber
   a) die Handlung aus „anderer böser Absicht" unternommen und

§ 31. b) der eingetretene böse Erfolg aus solcher Handlung „gemeiniglich erfolgt“, oder „leicht erfolgen kann“.

Zu 1, Der Ausdruck, daß „ein Erfolg geradezu bedacht und beschlossen“ sei, ist nicht so zweifellos wie er zuerst scheinen mag. Vorausgesehn muss natürlich der Erfolg sein. Aber genügt dies? oder was weiteres würde erfordert? Billigung Zufriedenheit mit dem Eintreten des Erfolgs, in dem „beschlossen“ ausgesprochen? Aber wer in der Voraussicht handelt, spricht ja eben durch die Handlung seine Billigung des Vorausgesehenen unverkennbar aus. Daß man handeln müsse um den Erfolg herbeizuführen, ist in dem „geradezu bedacht und beschlossen“ wenigstens nicht bestimmt gesagt. So ist es denn auch zweifelhaft, ob die „andere böse Absicht“, die offenbar damit zusammenfällt daß „ein anderes Uebel geradezu bedacht und beschlossen ist“, mit der Absicht in unserem Sinne zu identificiren ist, oder auch nur einfache, nicht die zur Handlung bestimmende, Voraussicht bezeichnen soll. Herbst im Handbuch nimmt zu diesem Paragraphen an, der böse Vorsatz erfordere nur das Bewusstsein des übeln Erfolgs im Thäter, auf Endabsicht und Beweggrund komme regelmäßig nichts an. Dazu bemerkt er übrigens richtig, daß bei manchen Verbrechen dies doch nicht ausreiche, sondern ausserdem eine gewisse Endabsicht erfordert werde, so bei Betrug Weglegung eines Kindes Menschenraub. Hienach stimmte die Oesterreichische Definition des bösen Vorsatzes ad 1, im wesentlichen mit unserer Theorie überein.

Zu 2, aber wird eines „bösen Vorsatzes“ gedacht, den wir als solchen nicht gelten lassen können. Handle ich in irgend einer „bösen Absicht“, mag man nun darunter die Voraussicht überhaupt oder nur die bestimmende Voraussicht verstehen, so soll mir jeder aus meiner Handlung hervorgegangene Erfolg zum bösen Vorsatz zugerechnet werden, der aus derselben leicht hervorgehn konnte, oder hervorzugehn pflegt, gleichviel ob ich denselben vorhergesehn

oder nicht, ja selbst ob ich denselben nach meiner individuellen Beschaffenheit vorherzusehn vermocht habe. Die Bestimmung des § 2 zu e) und f) gilt also nur für den der überhaupt ohne böse Absicht handelt allgemein; wer absichtlich böse handelt ist ihrem Schutze entzogen und wird als böses Vorsatzes schuldig in anspruch genommen ohne Rücksicht auf sein subjectives inneres Verhalten zu den eingetretenen Folgen seiner Handlung, sobald diese nur objectiv als wahrscheinliche Folgen der Handlung erscheinen. Der Quacksalber der ein tödtendes Abtreibungsmittel gegeben hat, ohne irgend die tödliche Kraft zu kennen, kann der Beschaffenheit des Mittels wegen Mordes schuldig sein. Wir stoßen hier auf dieselbe Abart des dolus der wir bei Carpzow begegnet sind: § 31.

> quod dans operam rei illicitae teneatur de omni eo quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem, si nimirum causa sit ordinata et tendat ad subsecutum delictum.

Daß dieser Satz aber, der den welcher irgend in böser Absicht handelt gleichsam zum exlex macht, und Erfolge strafen will die vernunftgemäß gar nicht zugerechnet werden können, wie er allmälich der Doctrin abhanden gekommen ist so auch von Gesetzgebung und Praxis heut zu Tage in Deutschland nirgends consequent durchgeführt werden kann, bedarf keines Beweises. Daß derselbe in das neue Oesterreichische Strafgesetz wieder aufgenommen, beweist nur daß er schon früher von der Oesterreichischen Praxis so vorsichtig einschränkend behandelt worden ist, daß die extravaganten Consequenzen sich nicht fühlbar gemacht haben. Man hat sich in Oesterreich namentlich damit geholfen daß man dem Schlusssatz des § 1 Bedeutung nur für den Beweis des Vorsatzes zuerkannt hat, (vgl. Herbst Hdb. I zu § 81). Da nun aber auch für den Beweis die jetzt geltende Strafprocessordnung umfassende derogirende

§ 31. Bestimmungen enthält, so kömmt thatsächlich dem fraglichen Schlusssatz gar keine Bedeutung mehr zu.

Das Preussische Allg. Landrecht (II 20 § 806 f.) enthält bei dem Verbrechen des Todschlags ausführliche Bestimmungen über die Zurechnung, die gleichfalls in der älteren aber Nachcarpzowschen Doctrin wurzeln (vgl. Krug, Dolus und Culpa S. 21, und Hälschner, System § 34 Anm.). Hauptfehler der landrechtlichen Darstellung, die übrigens durch die Zeit der Entstehung entschuldigt werden mögen, sind erstlich daß äusserer und innerer Thatbestand nicht gehörig gesondert, sodann daß auch die Beweisfragen mit den Schuldfragen vermischt werden. Die Anwendung der vollen regelmäßigen Strafe des Todschlags, Schwertstrafe, erfordert nach § 806

a) daß der Thäter „in der feindseligen Absicht einen andern zu beschädigen" gehandelt habe,

b) daß die Nothwendigkeit des Todes des Verletzten („der Tod desselben erfolgen musste") dem Thäter bei der Handlung bekannt gewesen („nach dem gewöhnlichen allgemein oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge").

Nach § 811 soll die Schwertstrafe auch dann verwirkt sein, wenn der Thäter „die aus seiner Handlung entstehende Lebensgefahr auch nur wahrscheinlich vorausgesehn". Da aber § 815 hinzusetzt, daß wenn in diesem Falle es wahrscheinlich sei daß „Thäter dennoch die Absicht zu tödten nicht gehabt habe", nur auf Festungsstrafe erkannt werden solle, so beschränkt sich die Anwendbarkeit der Todesstrafe auf die Fälle: wenn Thäter die Absicht zu tödten gehabt, wenn Thäter die Absicht zu verletzen gehabt aber den Tod als nothwendige Folge seiner Handlung vorhergesehn. Eine Kritik dieser Definition ist unnütz nachdem man sich in Preussen allgemein von der Unbrauchbarkeit derselben überzeugt hat. Die früheren Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs versuchten andere

Grenzbestimmungen des Dolus aufzustellen. Der Entwurf von 1847 enthält einschlägiges nur in § 31.

§ 39: Ob eine Handlung vorsätzlich verübt worden, ingleichen ob eine nicht vorsätzlich verübte Handlung als eine fahrlässige dem Handelnden zugerechnet werden könne, ist nach freiem Ermessen aus den Umständen zu beurtheilen.

Dieser Paragraph erfüllte einen ganzen Titel, den dritten, überschrieben: Von dem Vorsatze und der Fahrlässigkeit. Die Motive bemerken dazu daß „es angemessener erscheint von weiteren Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafgesetzbuch abstand zu nehmen, als unbefriedigende Versuche zur Lösung wissenschaftlicher Fragen durch gesetzliche Bestimmungen zu erneuern". Auf dem hiemit betretenen Wege ist man bei dem Erlaß des Strafgesetzbuchs von 1850 noch entschiedener vorgegangen, und hat weder irgend welche Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit noch eine dem oben citirten § 39 des Entwurfs entsprechende Bestimmung aufgenommen.

Fast zu denselben Resultaten ist man in Baiern gekommen. Die im Strafgesetzbuch von 1813 befindlichen allgemeinen Bestimmungen über Dolus und Culpa lehnten sich an die Feuerbachsche Lehre:

Art. 39. Mit rechtswidrigem Vorsatze (dolus) wird ein Verbrechen begangen wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen ist.

Das ist im wesentlichen der Feuerbachsche dolus, nur daß der Eintheilung in d. determinatus und d. indet., je nachdem „der entstandene gesetzwidrige Effect der unmittelbare und ausschliessliche" oder nur einer von mehren „alternativisch" begehrten Zwecken

§ 31. gewesen, keine Erwähnung geschieht. Eine andere Schuldart scheint Art. 41 zu berühren:

Wer mit dem Vorsatze ein Verbrechen zu bewirken eine Handlung unternommen hat, woraus ebenso leicht ein größeres als ein geringeres Verbrechen entstehen kann, ist in Ansehung des daraus entstandenen Verbrechens als vorsätzlicher Uebelthäter zu bestrafen, und soll mit dem Vorwande daß seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen sei nicht gehört werden.

Verbindet man damit den folgenden Art. 42:

Hat ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrthum oder Unwissenheit über gewisse Thatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt welche deren Strafbarkeit vermehrt, sonach ein schwereres Verbrechen begangen als er begehn wollte, so ist ihm die That nur insoweit zum rechtswidrigen Vorsatz anzurechnen als sie in seiner Absicht gegründet war;

und den Art. 121, 6:

Eine That ist straflos wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat;

so sieht man daß auch nach Art. 41 der Handelnde als „vorsätzlicher Uebelthäter" betreffs des entstandenen „größeren Verbrechens" nur dann zu strafen ist, wenn nicht blos dies größere Verbrechen an sich ebenso leicht entstehen konnte wie das geringere, sondern der Thäter auch daß es möglicherweise entstehen würde, vorhergesehn hatte; eine Beschränkung die freilich ihre Bedeutung zum besten Theile verliert durch die Beweisregel, daß wenn das größere Verbrechen ebenso leicht entstehen konnte, der Thäter „mit dem Vorwande", das größere nicht beabsichtigt zu haben, nicht gehört werden soll. Läßt man sich aber durch die Einmischung der

Beweisregel nicht beirren, so entspricht die Schuldart des Art. 41 § 31.
zumeist der Feuerbachschen culpa dolo determinata, bei der auch

ein Verbrecher einen bestimmten rechtswidrigen Effect zum Zwecke hat [entsprechend dem „Vorsatz ein Verbrechen zu bewirken" des Art. 41], aus der Handlung aber ein anderer rechtswidriger Effect entstanden ist, den er als mögliche Folge seiner Handlung vorhergesehn hat oder doch vorhersehn konnte.

Die Hinweisung auf das „größere" und „geringere" Verbrechen, die Art. 41 vor der Feuerbachschen Definition voraus hat, ist von wenig Bedeutung; gesetzt ein vorherzusehender Erfolg wäre eingetreten, verschieden von dem beabsichtigten aber von gleicher Schädlichkeit, sollte Art. 41 auf diesen Fall keine Anwendung leiden? Daneben aber ist auch auf die Aehnlichkeit der Schuldart des Art. 41 mit dem alten dolus in genere hinzuweisen, wenigstens wie dieser von Carpzow beschränkt worden:

sciens ex ejusmodi percussione aut vulnere mortem utplurimum sequi.

Wie denn überhaupt die Verwandtschaft der Feuerbachschen culpa dolo determinata als eigner Schuldart, nicht Verbindung von dolus und culpa, mit diesem so gemilderten dolus in genere nicht zu verkennen ist.

In Baiern hat man diese Definitionen und die mit ihnen verflochtenen Praesumptionen des dolus, die neben jenen zum Theil kaum zu entbehren gewesen sein dürften, als praktisch nicht erfinden können; das Gesetz von 29/8 1848 hat die Artikel 39—44 des Strafgesetzbuchs aufgehoben. Der Entwurf von 1854 enthält keine Definition des dolus; zu dem Art. 59, der Straflosigkeit wegen Unwissenheit verordnet, bemerken die Motive, auch diese Bestimmung „ergebe sich eigentlich aus dem Wesen des dolus

§ 31. von selbst, nur zur größeren Deutlichkeit und Vollständigkeit" habe man „nach dem Vorbilde anderer Gesetzgebungen" dieselbe hier aufgenommen.

Die jetzt in Baiern aufgehobenen Artikel gelten noch in Oldenburg, dessen Strafgesetzbuch sie als Art. 52—57 mit unerheblicher Aenderung, sonst wortgetreu aufgenommen hat.

An die Bairischen Definitionen schliesst sich auch das Criminalgesetzbuch für Hannover, das übrigens doch viel weiter von seinem Vorbild sich entfernt als Oldenburg, und namentlich manche der heillosen Praesumptionen der Schuld fallen lässt.

Art. 41: Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewusstsein daß sie unerlaubt sei.

Diese Definition ist uns schon von der Betrachtung der Doctrin her bekannt, sie ist zumeist von Bauer vertheidigt und auch von Weber und Mittermaier gebilligt. Wie wenig scharf sie das Wesen des dolus bezeichnet ist oben (S. 417 f.) dargelegt. Keine Handlung ist strafgesetzwidrig die nicht das Vermögen in sich trägt irgend wie schädliche Folgen nach sich zu ziehn; soll nun Art. 41 aussagen daß bei dem rechtswidrigen Vorsatz eine geistige Beziehung des Thäters nur zu der Handlung selber (Körperbewegung) erfordert werde, nicht auch zu den Folgen? Gewis nicht; dies wäre evident falsch. Also muss der Entschluss ebensowol auf die Folgen wie auf die Handlung gehn; wobei denn aber der Zweifel bleibt was darunter zu verstehn, daß man handelnd auch zu den Folgen des Handelns entschlossen sei. Erfordert dieser Entschluss ein beabsichtigen bezwecken der Folgen? oder genügt die Billigung die sich in der Handlung selber bei bestehender Voraussicht der Folgen ausspricht?

Die folgenden Artikel, die vornehmlich den Beweis im Auge

haben, geben auch für den Umfang des Vorsatzes wichtige Andeutungen. § 31.

Art. 43. Ist anzunehmen daß eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung mit rechtswidrigem Vorsatz verübt worden, und ist dieselbe von der Beschaffenheit daß daraus nach allgemeiner oder dem Thäter besonders bekannter Erfahrung [vgl. Preuss. A. L. R. II 20 § 806] ein bestimmter Erfolg zu entstehn pflegt, oder ebenso leicht eine größere als eine geringere Verletzung entstehn konnte, so ist nicht minder anzunehmen daß der Thäter den eingetretenen Erfolg beabsichtigt habe; sofern nicht aus den Umständen sich mit Gewisheit oder hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß seine Absicht bestimmt oder ausschliesslich auf einen andern strafbaren Erfolg gerichtet war..... Dagegen kann ein ungewöhnlicher Erfolg dem Thäter nur dann zum rechtswidrigen Vorsatze angerechnet werden, wenn dieser Erfolg in seiner Absicht lag.

Dies heisst mit andern Worten: ist der eingetretene Erfolg ein solcher den der Thäter leicht vorhersehn konnte, so soll praesumirt werden daß er auch „beabsichtigt" gewesen, war er nicht so leicht vorherzusehn, so ist auch die „Absicht" nicht ohne Beweis anzunehmen. Nach dieser Praesumptionsregel scheint es als ob die von dem Hannöverschen Gesetzbuch erforderte „Absicht" nicht mit dem von uns angenommenen Begriffe der Absicht sich decke, sondern nur die Voraussicht des Erfolgs beim Handeln umfasse. Denn die Folgerung, daß wer leicht sehn konnte wirklich gesehn habe, ist eine sehr nahe liegende, und es erscheint wenig gefährlich sie zur gesetzlichen Regel zu erheben, da sie auch ohne dies dem einzelnen Richter meist sich aufdrängen dürfte. Völlig willkürlich aber wäre die weitere Praesumption, daß wer bei der Handlung im stande gewesen einen Erfolg vorherzusehn, gerade darum gehandelt haben

§ 31. müsse um diesen Erfolg zu erwirken (Absicht in unserem Sinne). Hiebei ist aber wohl zu beachten daß die Anwendbarkeit dieser Praesumption, mag man ihr übrigens einen Umfang zuschreiben wie man will, dadurch beschränkt wird, daß sie nur da eintreten soll, wo ohnehin „anzunehmen ist daß eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung mit rechtswidrigem Vorsatz verübt worden" ist. — Anzuführen ist dann noch Art. 44 der die culpa dolo determinata als besondere Schuldart oder Abart des dolus nicht anerkennt, vielmehr in ihre Bestandtheile auflöst:

> Wenn anzunehmen ist daß der Thäter nur einen minder strafbaren als den eingetretenen Erfolg seiner verbrecherischen Handlung beabsichtigt habe, so ist ihm die That soweit sie in seiner Absicht gegründet war zum rechtswidrigen Vorsatze, hinsichtlich des eingetretenen Erfolgs aber zur Fahrlässigkeit anzurechnen.

Das Strafgesetzbuch für Hessen definirt:

> Art. 58. Jede den Strafgesetzen zuwiderlaufende Handlung zu welcher sich der Handelnde absichtlich bestimmt hat, und jeder strafbare Erfolg derselben auf den seine Absicht gerichtet war, wird ihm zum Vorsatze zugerechnet.

Die Definition unterscheidet sich von der Bairischen und von der Hannöverschen dadurch zunächst, daß das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit nicht unter die Requisite des Vorsatzes aufgenommen ist. Handlung und Erfolg sollen soweit dem Vorsatz zugerechnet werden, als sie in der Absicht gelegen haben. Wüssten wir genau wie das Gesetzbuch die „Absicht" versteht, so könnte die Definition wenn nicht als richtig und geschickt gefasst, doch als praecis gedacht passiren. Es scheint übrigens daß nach Hessischem Recht der „Absicht" etwa derselbe Sinn zukommt den auch ich ihr untergelegt habe; darauf weist besonders Art. 60, der sich auf den dem Feuerbach schen d. indeterm. entsprechenden Vorsatz bezieht:

War die Absicht des Handelnden nicht ausschliesslich auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, sondern unbestimmt auf einen oder den andern von mehren möglichen Erfolgen, so wird ihm derjenige davon zum Vorsatze zugerechnet der wirklich eingetreten ist. § 31.

Dasselbe bestätigt der folgende Art. 61, der von einer besondern culpa dolo determinata nichts wissen will, sondern dem Hann. Art. 44 gleich bestimmt, daß

die That in Bezug auf den beabsichtigten Erfolg zum Vorsatze, in Bezug auf den eingetretenen andern Erfolg aber zur Fahrlässigkeit

zugerechnet werden soll.

Braunschweig § 27 und das Thüringische Strafgesetzbuch Art. 29 geben wörtlich dieselbe Definition:

Wer sich zu einer Handlung oder Unterlassung durch welche das [Thür. „ein"] Strafgesetz übertreten wird mit Absicht bestimmt, ist als vorsätzlicher Verbrecher zu strafen [bestrafen].

Im Braunschweigschen Criminalgesetzbuch folgt hierauf § 28:

Der Erfolg eines Verbrechens ist dem Thäter auch alsdann als vorsätzlich zuzurechnen, wenn er nicht ausschliesslich diesen, sondern unbestimmt diesen oder einen geringern Erfolg beabsichtigte.

Dagegen ist der eingetretene nicht mitbeabsichtigte, so wie der durch eine nicht mitbeabsichtigte Wirkung zufällig hervorgebrachte strafbare Erfolg nicht zum Vorsatze, sondern zur Fahrlässigkeit zuzurechnen.

Die Uebereinstimmung mit dem Hessischen Gesetzbuch ist unverkennbar. Im Thüringischen Strafgesetz geht Art. 29 weiter:

Der bei einer verbrecherischen Handlung eingetretene Erfolg ist dem Thäter als vorsätzlich zuzurechnen, wenn seine Absicht auf diesen Erfolg gerichtet war; auch dann wenn er diesen

§ 31. Erfolg nicht ausschliesslich, sondern unbestimmt diesen oder einen andern Erfolg beabsichtigte.

Betreffs des dolus indeterminatus kommt also auch Thüringen mit Braunschweig und Hessen überein, ebenso hinsichts der Behandlung des Zusammentreffens von Absicht und Fahrlässigkeit.

Art. 30. Ist bei einer vorsätzlichen Uebertretung an der Stelle der beabsichtigten Rechtsverletzung eine andre nicht mitbeabsichtigte eingetreten, oder zu der beabsichtigten noch eine nicht beabsichtigte hinzugetreten, so kann die nicht beabsichtigt gewesene Verletzung nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden.

Eine eigenthümliche Bestimmung aber enthält das Thüringische Gesetzbuch als Schluss des Art. 29 an das oben citirte unmittelbar anschliessend und nur durch ein Semicolon getrennt:

ingleichen [ist der Erfolg dem Thäter als vorsätzlich zuzurechnen], wenn er ohne den Zweck seiner Handlung sich bestimmt zu vergegenwärtigen nur überhaupt eine Rechtsverletzung beabsichtigte.

Dem haben Dessau und Köthen substituirt:

ingleichen, wenn er nur überhaupt eine Rechtsverletzung wollte, dabei aber ohne seine Absicht auf einzelne Erfolge zu beschränken den eingetretenen Erfolg als möglich voraussah.

Nach dieser letzten Fassung scheint die Bestimmung auf die Bestrafung eines s. g. d. eventualis auszugehn. Der Thäter soll den eingetretenen Erfolg vorausgesehn und eine Rechtsverletzung überhaupt beabsichtigt haben, zugleich aber darf der eingetretene Erfolg kein mitbeabsichtigter gewesen sein (sonst kehrte hier der schon im voraufgehenden Absatz abgethane d. indeterminatus wieder), auch darf die vorhandene Absicht keine diesen Erfolg bestimmt ausschliessende gewesen sein, sonst träte der citirte Absatz

des Art. 30 in Kraft. Also soll eine Rechtsverletzung zwar beab- § 31.
sichtigt, die rechtsverletzende Absicht aber so unbestimmt sein, daß sie einen gewissen Erfolg weder ausschliesst noch mitumfasst. Es scheint kaum möglich bei diesen Annahmen zugleich mit dem Worte „Absicht" bestimmten Sinn zu verbinden, und Fälle aufzufinden welche zu der hieraus sich ergebenden Definition genau passten. Die Unklarheit der Gesetzgeber tritt in der von der Mehrzahl der Thüringischen Staaten beliebten Fassung noch deutlicher hervor. Thäter soll den Zweck seiner Handlung sich nicht wohl vergegenwärtigt haben, aber doch eine Rechtsverletzung beabsichtigen. Das kommt sicher nie vor daß jemand überhaupt nur ganz allgemein eine Rechtsverletzung ganz gleichviel welche, Betrug oder Tödtung, Nothzucht oder Brandstiftung beabsichtigt; die Absicht kann nur eine nicht fest bestimmte, nie eine völlig unbestimmte sein. Nur innerhalb gewisser Grenzen mag es nicht zu entscheiden sein, ob die Absicht sich hierhin oder dorthin gerichtet hat. Wer mit derartig unbestimmter Absicht handelt, der soll anscheinend nach dem Schlusssatz von Art. 29 gestraft werden. Sieht man aber näher zu, so bleibt für die Anwendung dieses Schlusssatzes gar kein Raum; denn fällt der bewirkte Erfolg in das Gebiet auf das die unbestimmte Absicht sich richtet, so tritt der vorhergehende Satz des Art. 29, in Kraft; fällt er ausserhalb dieses Gebiets, so muss der Schlusssatz von Art. 30 zur Anwendung kommen.

Den ebengedachten nahe steht auch das Gesetzbuch für Baden. § 97 gibt fast wörtlich den Hessischen Art. 58 wieder:

> Jede den Strafgesetzen zuwiderlaufende Handlung, zu welcher sich der Handelnde absichtlich bestimmt hat, und jeder strafbare Erfolg derselben, worauf seine Absicht gerichtet war, wird ihm zum Vorsatz zugerechnet.

Ebenso enthält § 98 über den unbestimmten Vorsatz und § 103 über das Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit wesent-

§ 31. lich dasselbe, was auch in den andern Strafgesetzen dieser Gruppe hierüber verordnet ist. Für einen besonderen Fall dieses Zusammentreffens aber gibt § 212 specielle Bestimmungen. Man vergleiche überdies § 103, 121, 133, 241, 263. Daneben enthält § 99 eine Bestimmung über den „allgemeinen Vorsatz", die dem Badischen Recht ausschliesslich angehört.

> Hat derjenige dessen Absicht auf ein bestimmtes Verbrechen gerichtet war, in Beziehung auf dessen Ausführung mehre Handlungen vorgenommen, so wird ihm der eingetretene von ihm beabsichtigte Erfolg insofern zum Vorsatz zugerechnet, als er bei der den Erfolg herbeiführenden Handlung seine Absicht nicht geändert hatte, ohne daß es darauf ankommt durch welche der vorgenommenen Handlungen der Erfolg herbeigeführt ist.

Will man sich vom Wortlaut nicht entfernen, so scheint es wieder nicht möglich einen Fall zu entdecken auf den dieser Satz Anwendung finden kann. Der „beabsichtigte Erfolg", den man durch Handlungen herbeigeführt hat, soll dem Vorsatz dann nicht zugerechnet werden, wenn man bei der den Erfolg herbeiführenden Handlung die Absicht geändert hätte. Wenn ich aber bei der wirksamen Handlung schon meine Absicht geändert hatte, so war der Erfolg auch damals schon ein „nichtbeabsichtigter"; ich habe also durch meine Handlung nicht einen beabsichtigten Erfolg herbeigeführt, also fehlt es an der Voraussetzung des § 99. — Wollen wir nun aber doch nicht diesen § 99 seiner schlechten Fassung wegen über Bord werfen, so werden wir zunächst das „in Beziehung auf dessen Ausführung mehre Handlungen vorgenommen", so ausweiten müssen, daß zu den in Beziehung auf die Ausführung des Verbrechens vorgenommenen Handlungen auch solche gezählt werden, die keineswegs mit der Absicht das Verbrechen durch sie zu vollbringen gethan sind, sondern die nur bei Gelegenheit der

Ausführung vorgenommen und durch die Ausführung veranlasst § 31.
sind. Eine solche beiläufige Handlung, bei der die Verübung des Verbrechens nicht beabsichtigt war, soll dann denjenigen verbrecherischen Erfolg herbeigeführt haben, der bei Vornahme gewisser anderer Handlungen der bezweckte war. Fälle der Art wären: Tödtung ist durch Erschlagen oder Erwürgen beabsichtigt; der ohnmächtige noch lebend aber für todt gehaltene wird getödtet, durch Ertränken, weil der Thäter die Spuren des vermeintlich schon verübten Mordes zu verbergen den Körper in den See geworfen, oder durch Aufhängen, was Thäter in gleicher Vermeinung nur gethan um die Vermuthung des Selbstmords entstehn zu lassen. Aber auch für diese Fälle gibt § 99 keinen sichern Entscheid: Zurechnung zum Vorsatz nur wenn Thäter bei der Handlung seine Absicht „nicht geändert" hatte, hatte er sie geändert kein Vorsatz. Nun ist aber das gerade die Voraussetzung dieser Fälle daß Thäter bei der wirksamen Handlung den verwirkten Erfolg nicht beabsichtigte, da sonst die Zurechnung zum Vorsatz schon nach § 97 und 98 gewis, § 99 also völlig überflüssig wäre. Hatte Thäter jetzt die frühere Absicht nicht, so hatte er sie nicht mehr, hatte also seine Absicht jedesfalls geändert. — Man mag uns einwerfen auch dies sei noch zu scharf argumentirt. Thäter habe noch immer die Absicht zu morden, meine nur, weil er den Mord schon vollendet glaubt, im Augenblick nichts mehr thun zu müssen um diese Absicht zu verwirklichen; zeige sich nachher bei dem andern nur eine Spur des Lebens, so werde er der alten nicht aufgegebnen und nicht geänderten Absicht gemäß weiter handeln. Dieser Einwurf setzt die Möglichkeit einer gleichsam schlafenden, zur Zeit unwirksamen aber doch bestehenden Absicht voraus. Diese aber ist nicht anzuerkennen. Wie der Wille, ist eine fertige Absicht nur im Augenblick der Handlung anzunehmen. Dem Fertigsein geht wol ein Fertigwerden, sich bilden der Absicht vorauf. Vor der Handlung haben wir

§ 31. überall nur mit der sich bildenden Absicht zu thun, bei der es stets zweifelhaft ist ob sie ihre Bildung vollenden, je wirkliche Absicht werden wird. Nach § 99 hängt also die Zurechnung zum Vorsatze davon ab, ob anzunehmen daß Thäter zu der früher von ihm verfolgten Absicht zurückkehren, ob die alte Absicht unter gewissen Voraussetzungen in ihm neu wiederentstehn werde. Es liegt zu Tage wie wenig festen Anhalt dies dem erkennenden Richter gibt.

Zu dieser Klasse von Definitionen gehören endlich auch noch die jetzt durch Ges. v. 13/8 1849 Art. 9 aufgehobenen Bestimmungen des Württembergischen Strafgesetzbuchs, die aber doch auch manches eigenthümliche enthielten und darum zu erwähnen sind. Eine positive Umgrenzung des Vorsatzes war von Württemberg nicht gegeben, nur die auch in andern Gesetzbüchern wiederkehrende Bestimmung:

> Art. 55. Der rechtswidrige Vorsatz wird weder durch den Wahn als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch durch die Unwissenheit über Art und Größe der Strafe, u. s. w. ausgeschlossen.

Was über den unbestimmten dolus in Art. 87 verordnet war, griff etwas weiter als die entsprechenden Satzungen anderer Strafordnungen:

> Eine Rechtsverletzung wird auch dann als vorsätzlich zugerechnet, wenn sie derjenige, durch dessen Handlung sie herbeigeführt worden ist, nicht ausschliesslich oder vorzugsweise gewollt hatte, mag es ihm nun gleichgültig gewesen sein ob der wirklich eingetretene, oder ob ein anderer gleichfalls mit seiner Handlungsweise bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall daß es sich nicht anders fügen würde, zum voraus die erfolgte Rechtsverletzung gewollt haben.

Dagegen behandelte Art. 60 das Zusammentreffen von Vorsatz

und Fahrlässigkeit, ganz so wie das Hannöversche Hessische u. s. w. § 31. Recht. Eigenthümlich war dann aber wieder dem Württembergischen Recht die Bestimmung des Art. 56, die nur in dem so eben besprochenen § 99 des Badischen Gesetzes einige Nachahmung gefunden hat:

Ist eine Rechtsverletzung nicht durch die unmittelbar zu ihrer Herbeiführung verübte, sondern durch eine andre jedoch im Hinblick auf die Haupthandlung begangene Handlung bewirkt worden, so soll dieselbe gleichwohl zum Vorsatze zugerechnet werden, wenn der Thäter auch bei letzterer Handlung von dem auf die Rechtsverletzung gerichteten Vorsatze ausgegangen ist, oder doch das vermeintlich schon vollführte Verbrechen noch nicht gemisbilligt hatte.

Dieselbe Zurechnung tritt ein wenn die bezweckte Rechtsverletzung einer Ursache beizumessen ist, welche vom Thäter zwar nicht in Berechnung genommen war, jedoch durch die Ausführung seiner unmittelbar auf jene Rechtsverletzung gerichteten Handlung zugleich in Wirksamkeit gesetzt worden ist.

Nicht unerheblich weicht das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von den übrigen Particulargesetzen ab. Die hiehergehörigen Bestimmungen lauten:

Art. 46. Zu den regelmäßigen Erfordernissen eines Verbrechens gehört, daß die mit Strafe bedrohte Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze begangen, und daß daher, wenn zu dem Begriffe des fraglichen Verbrechens ein gewisser Erfolg vorausgesetzt wird, auch dieser von dem Verbrecher beabsichtigt worden sei. (Vgl. jedoch Art. 47 u. 49.)

Art. 47. Für die Zurechnung des eingetretenen Erfolgs zum Vorsatze macht es keinen Unterschied ob die Absicht eine bestimmte oder unbestimmte war. (Vgl. jedoch Art. 169.) Dagegen kann dem Thäter in Hinsicht auf einen möglichen

§ 31. aber nicht eingetretenen Erfolg seiner Handlung der Versuch desjenigen Verbrechens, welches durch den Eintritt dieses Erfolges vollendet worden wäre, nur dann angerechnet werden, wenn seine Absicht bestimmt auf Hervorbringung dieses Erfolgs gerichtet gewesen ist.

Art. 169. Ist die Absicht des Thäters bestimmt auf eine der im Art. 167, 1) oder 2) oder im Art. 168 erwähnten Verletzungen (schwere Körperverletzung) gerichtet gewesen, und diese Absicht erreicht worden, so tritt Zuchthausstrafe von 4—20 Jahren ein.

In Fällen wo eine bestimmte Absicht nicht anzunehmen, der Thäter jedoch eines gefährlichen Instruments sich bedient oder besondere Veranstaltungen, woraus leicht eine gefährliche Verletzung hervorgehn kann, getroffen hat, kann der Richter [nach Umständen auf leichtere Strafe, Zuchthaus oder Arbeitshaus bis zu 6 Jahren erkennen].

Art. 49 enthält über das Zusammentreffen von Vorsatz und Unbedachtsamkeit wesentlich dasselbe was die meisten neueren Strafgesetze verordnen.

Die Definition des Vorsatzes so wie die Unterscheidung von bestimmter und unbestimmter Absicht ist keine ängstlich genaue; aus den gebrauchten Worten läßt sich dies und jenes herauslesen, freilich auch manches hineintragen in sie. Gerade darum muß man geneigt sein der Auslegung Krugs, der bei der Abfassung des neuesten Sächsischen Strafgesetzbuchs vornehmlich thätig gewesen, soweit wie möglich zu folgen. Wie Krug die bestimmte und unbestimmte Absicht unterscheidet haben wir im § 29 ausführlich besprochen. Hier mag nur noch hervorgehoben werden daß Krug bemerkt, daß „von der unbestimmten Absicht der Fall, wenn ein bestimmter Erfolg zwar nicht zunächst bezweckt, aber als nothwendig oder wahrscheinlich vorausgesehn worden ist (s. g. indi-

recte Absicht), zu unterscheiden ist. Dieser Fall steht dem Vor- § 31.
satze, der directen Absicht ganz gleich. In diesem Falle ist auch ein Versuch denkbar". Die „unbestimmte Absicht" ist danach eine Schuldart die nur das Sächsische kein andres Particularrecht kennt. Dem entspricht denn, was gleichfalls dem Sächsischen Recht eigenthümlich ist, daß diese „unbestimmte Absicht" in gewissen Beziehungen anders als die „bestimmte Absicht" behandelt wird, so betreffs des Versuchs (Art. 47), und betreffs des Strafmaßes wenigstens in einigen Fällen (Art. 169).

---

§ 32.

Definitionen der Culpa in den Particulargesetzen.

Oest. Str. G. § 335. Jede Handlung oder Unterlassung, § 32.
von welcher der Handelnde schon nach ihren natürlichen für jedermann leicht erkennbaren Folgen, oder vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften, oder nach seinem Stande Amte Berufe Gewerbe seiner Beschäftigung oder überhaupt nach seinen besonderen Verhältnissen einzusehn vermag, daß sie eine Gefahr für das Leben die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei, soll [bei hieraus erfolgender schwerer Beschädigung eines Menschen als Uebertretung, bei erfolgter Tödtung als Vergehn] geahndet werden.

Damit scheint die Grenze der Culpa wider den Zufall gezogen, das „einzusehn vermögen" ist richtig als das entscheidende Moment bezeichnet. Dem entspricht daß zur Bestrafung von Vergehn und Uebertretungen nicht Kenntnis des Strafgesetzes erfordert wol aber vorausgesetzt wird, daß der Thäter die Handlung „als uner-

§ 32. laubt von selbst erkennen kann, oder die besondere Verordnung welche übertreten worden nach seinem Stande Gewerbe . . . zu wissen verpflichtet ist".

Ueber die Grenze von dolus und culpa ergibt sich aus den auf die Fahrlässigkeit bezüglichen Definitionen nicht allzuviel. Urgirt man das „einzusehn vermag" im § 335, so scheint zu folgen daß wenn Thäter nicht blos einzusehn vermocht sondern wirklich eingesehn, auch nicht mehr Fahrlässigkeit sondern „böser Vorsatz" anzunehmen sei. Dem gemäß:

> § 341 Wer aus Unvorsichtigkeit jemanden durch Ueberfahren oder Ueberreiten tödtet oder körperlich schwer beschädigt ist nach § 335 zu bestrafen.

Man vergleiche auch § 373 und 374 über die Behandlung geladener Gewehre. Der „Leichtsinn und Muthwillen" des § 315 und 316 bildet keineswegs den Gegensatz zum „bösen Vorsatz" überhaupt, so daß er mit der Fahrlässigkeit zusammenfiele, sondern tritt nur bestimmten Arten der „bösen Absicht" entgegen. — Verschiedene Arten der Fahrlässigkeit unterscheidet das Oesterreichische Gesetz nirgends ausdrücklich, auch nicht fest abgegrenzte Grade.

Weit ausführlicher als das Oesterreichische behandelt das Bairische Strafgesetzbuch die Fahrlässigkeit. Voran ein Artikel über die obl. ad diligentiam und den hieraus abzuleitenden Begriff der Fahrlässigkeit.

> Art. 64 Jeder Unterthan ist schuldig gefährliche Handlungen zu unterlassen, und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerksamkeit und Bedachtsamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich andre an ihren Rechten verletze oder Gesetze des Staats übertrete. Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuch enthaltene Uebertretung entstanden

ist, wird deshalb wegen Vergehn aus Fahrlässigkeit verant- § 32.
wortlich.

Dieser Artikel ist durch das Ges. von 29/8 48 beseitigt, wogegen die folgenden Artikel über die Grade der Fahrlässigkeit noch Gültigkeit haben. Das Bairische Recht unterscheidet hienach grobe und geringe Fahrlässigkeit, von welchen jene erheblich schwerer gestraft werden soll als diese (Art. 69, 70); einen Fall der groben Fahrlässigkeit bildet die bewusste culpa, ausserdem werden noch vier andere Fälle derselben namhaft gemacht. Im einzelnen:

Art. 65. Grobe Fahrlässigkeit ist vorhanden:

I. wenn der Beschädiger die Gefährlichkeit seiner Handlung selbst eingesehen;

II. wenn seine Handlung in so hohem Grade gefährlich war, daß er bei geringer Aufmerksamkeit hätte einsehn müssen daß der rechtswidrige Erfolg wenigstens ebenso leicht daraus entstehn als nicht entstehn könne;

III. wenn der Handelnde durch den Vortheil eigenthümlicher Kenntnisse oder Verhältnisse besonders im Stande war die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise einzusehn...;

IV. wenn die fahrlässige Handlung zugleich schon aus andern Gründen unerlaubt gewesen ist; oder

V. der Handelnde nächst der allgemeinen Verbindlichkeit (Art. 64) noch durch besondere Pflichten des Standes.... zu vorzüglicher Sorgfalt und Ueberlegung aufgefordert war.

Hieran schliesst Art. 66, daß wer von staatswegen zur Ausübung von Wissenschaft Kunst Profession nicht berechtigt dieselben doch auszuüben versucht, und Art. 67, daß wer ebendazu von staatswegen berechtigt „aus Mangel oder Vernachlässigung der zu jener Wissenschaft Kunst oder Profession gehörenden gemeinen Kenntnisse“ bei der Ausübung Schaden wirke, wegen grober Fahr-

§ 32 lässigkeit zu strafen sei. Ebenso werden besondere Fälle der geringen Fahrlässigkeit aufgezählt im Art. 68:

I. wenn die fahrlässige Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge in entferntem Zusammenhange stand....;

II. wenn zwar die Handlung an und für sich zu der Art. 65 II beschriebenen gefährlicheren Gattung gehörte, der Handelnde aber entweder aus Schwäche und Stumpfheit des Verstandes, oder wegen eines die Aufmerksamkeit und Ueberlegung störenden unverschuldeten Gemüthszustandes.... die hohe Gefährlichkeit seiner Handlung nicht leicht einzusehn vermochte....;

III. wenn der Handelnde durch unverschuldete dringende Umstände zu schnellen Entschliessungen bestimmt war;

IV. wenn die gefährliche Handlung in Ausübung einer Amts- oder andern Pflicht aus bloßem Uebermaße des Pflichteifers geschehn ist.

Praktisch brauchbar können auch diese Bestimmungen sich nicht erwiesen haben, da der Bairische Entwurf von 1854 nichts davon enthält, keine Definition der Fahrlässigkeit, und nichts über die einzelnen Arten und Stufen derselben.

Oldenburg, Art. 58—64 gibt die Satzungen des Bairischen Rechts über Fahrlässigkeit wörtlich wieder.

Von den übrigen Strafgesetzbüchern steht Hannover diesen am nächsten. Art. 46 des Criminalgesetzbuchs entspricht dem Bairischen Art. 64; nur eine wesentliche Aenderung tritt hervor, eine Verweisung darauf daß nicht alle Verbrechen auch fahrlässig begangen werden können. Von den Graden spricht dann Art. 47 zunächst allgemein.

Der Grad der Fahrlässigkeit ist nach den persönlichen Verhältnissen und den Umständen welche auf die Unachtsamkeit eingewirkt haben in jedem einzelnen Falle vom Richter zu

bestimmen. Derselbe hat dabei sein Augenmerk vorzüglich auf § 32.
folgende Gegenstände zu richten......

Hierauf zählt Art. 48 acht Fälle grober Fahrlässigkeit auf, 1—5 und 7 und 8 stimmen fast wörtlich mit den Artikeln 65—67 des Bairischen Gesetzbuchs überein; hinzutritt

b) wenn er schon früher wegen ähnlicher Fahrlässigkeit gestraft oder gewarnt war.

Art. 49 beschreibt die „geringere" Fahrlässigkeit entsprechend dem Bairischen Art. 68 I—III.

Auch Württemberg hatte eine Definition der Fahrlässigkeit:

Art. 58. Wer aus Mangel an Aufmerksamkeit oder Ueberlegung etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne sein Wollen eine Rechtsverletzung entstanden ist, soll in den gesetzlich bestimmten Fällen wegen Vergehens aus Fahrlässigkeit gestraft werden.

Ueber die Grade der Fahrlässigkeit enthielt Art. 59 Bestimmungen, aber weit weniger detaillirte als die des Bairischen Oldenburgischen Hannoverschen Rechts:

Der größere oder geringere Grad der Fahrlässigkeit hängt

1) davon ab, ob der Handelnde die Gefährlichkeit seiner Handlung eingesehn, diese aber in dem leichtsinnigen Glauben, daß der rechtswidrige Erfolg nicht eintreten werde, gleichwol begangen, oder ob derselbe aus Mangel an Aufmerksamkeit jene Beschaffenheit seiner Handlung nicht bedacht hat; überhaupt aber

2) davon, ob er die Entstehung des rechtswidrigen Erfolgs als mehr oder minder wahrscheinlich, und ob er die Größe desselben mehr oder minder vorherzusehn im Stande war.

Auch diese Bestimmungen sind durch das Ges. v. 13/8 49 Art. 9 aufgehoben worden.

§ 32. Braunschweig § 29 definirt im wesentlichen wie Württemberg:

> Wer ohne Absicht aus Mangel an Aufmerksamkeit oder Ueberlegung das Strafgesetz übertritt ist, jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen, wegen Verbrechens aus Fahrlässigkeit zu strafen.

Fest bestimmte Grade der culpa werden hier so wenig angenommen wie von Württemberg, für die anzunehmende Größe der Fahrlässigkeit aber gibt § 64 einigen Anhalt:

> Die Strafbarkeit des Thäters steigt:
>
> 7) bei fahrlässigen Verbrechen jemehr der Thäter die Gefährlichkeit seiner Handlung einsah, oder jemehr er im Stande war die Entstehung des rechtswidrigen Erfolgs und dessen Größe vorherzusehn.

Man sieht auch dies stimmt mit dem Württembergischen Gesetzbuch überein, zumal darin daß die bewusste Culpa zur Fahrlässigkeit gezogen wird und als höherer Grad derselben auftritt.

Scheinbar abweichend ist die Definition des Thüringischen Strafgesetzbuchs:

> Art. 30. Zur Fahrlässigkeit sind Uebertretungen zuzurechnen, wenn die in ihnen enthaltene Rechtsverletzung von dem Thäter nicht beabsichtigt wurde, aber von ihm **hätte vorhergesehn** und vermieden werden **können**, falls er die unter den vorliegenden Umständen gewöhnliche, oder eine ihm besonders obliegende Aufmerksamkeit Ueberlegung oder Fleiß angewendet haben würde.

Es scheint hiernach als ob wo Thäter wirklich vorhergesehn und doch nicht vermieden, mehr als Fahrlässigkeit anzunehmen sei; aber es scheint dies blos, im Art. 45 wird die bewusste Culpa ausdrücklich als Species der Fahrlässigkeit genannt:

> Bei fahrlässigen Verbrechen ist die Strafe um so höher zuzu-

messen je mehr der Thäter die Gefährlichkeit seiner Handlung einsah, oder je mehr er im Stande war die Entstehung des rechtswidrigen Erfolgs und dessen Größe vorherzusehn. § 32.

Die Definition des Badischen Strafgesetzbuchs steht der des Thüringischen sehr nah:

§ 101. Wenn jemand eine Handlung begeht, oder eine Handlung zu der er rechtlich verpflichtet war unterläßt, aus welcher Handlung oder Unterlassung ohne seine Absicht eine Rechtsverletzung entspringt, die von ihm nach allgemeiner Erfahrung oder nach seiner besonderen Kenntnis bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit vorherzusehn und zu vermeiden gewesen wäre, so wird ihm die eingetretene Verletzung zur Fahrlässigkeit zugerechnet.

Dagegen unterscheidet sich das Badische von dem Thüringischen und den übrigen zuvor genannten Gesetzbüchern dadurch, daß es nirgends die s.g. bewusste Culpa als Abart der Fahrlässigkeit ausdrücklich aufführt, vielmehr anzudeuten scheint daß die Fahrlässigkeit auf das Gebiet der reinen Culpa, des Handelns ohne Voraussicht, beschränkt bleiben sollte:

§ 211. Tödtung aus Fahrlässigkeit. — Wer den Tod eines andern durch Fahrlässigkeit verschuldet wird wenn seine Handlung von der Art war daß der Tod des andern als deren sehr wahrscheinliche Folge von ihm vorhergesehn werden konnte mit Arbeitshaus, ausserdem mit Gefängnis oder Arbeitshaus bestraft.

Vgl. § 212. 1) wenn die Handlung des Thäters von der Art war daß der Tod des andern von ihm als deren sehr wahrscheinliche Folge vorhergesehn werden konnte.

2)...daß der Tod nur als sehr unwahrscheinliche Folge derselben betrachtet werden konnte.

§ 32. Auf das Vorhersehn können fällt hier der Nachdruck. Tritt der Erfolg ein, der als wahrscheinlich vorhergesehn werden konnte, schwere Strafe; wenn der, der als unwahrscheinlich betrachtet werden konnte, leichtere Bestrafung. Danach dürfte es scheinen daß der Fall, wo der Erfolg nicht nur vorhergesehn werden konnte, sondern wirklich vorhergesehn worden ist, ausserhalb der Fahrlässigkeit liege.

Keine Definition der Fahrlässigkeit gibt Hessen. Zu erwähnen sind nur zwei Artikel die die Fahrlässigkeit berühren:

Art. 57. Werden Handlungen deren vorsätzliche Verübung das Gesetz ..... mit Strafe bedroht aus Fahrlässigkeit begangen, so unterliegen sie nur in den Fällen einer Strafe in welchen dieses .... ausdrücklich verfügt ist, aber selbst in diesen Fällen findet keine Bestrafung statt wenn bei der Handlung oder Unterlassung die gewöhnlich gehörige Aufmerksamkeit und Vorsicht angewendet worden ist.

Art. 255: Wer den Tod eines Menschen durch Fahrlässigkeit verschuldet wird mit Correctionshaus bis zu zwei Jahren bestraft, jedoch ist bei geringerer Fahrlässigkeit auf Gefängnisstrafe zu erkennen.

Nicht mehr Anhalt geben die directen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für Sachsen.

Art. 48. Unbedachtsamkeit.

Handlungen wodurch unvorsätzlich eine Rechtsverletzung herbeigeführt worden ist, sind nur wenn diese Rechtsverletzung durch Unbedachtsamkeit verschuldet wurde, und nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen zu bestrafen. Bei allen andern im Strafgesetzbuch genannten Verbrechen sind Vorsatz und Absicht (Art. 46, 47) auch wenn ihrer in der

Begriffsbestimmung derselben nicht besonders gedacht ist, ein § 32.
nothwendiges Erfordernis der Bestrafung.

Eine ungewöhnliche Bedachtsamkeit ist von dem Handelnden ausser wo eine besondere Verpflichtung dazu stattfindet, nicht zu verlangen.

Das Preussische Recht enthält keine Bestimmung aus der über Begriff und Begrenzung der Fahrlässigkeit etwas unmittelbar zu entnehmen wäre.

---

§ 33.

Grenzbestimmung von Dolus und Culpa.

Der Ueberblick all dieser Definitionen ergibt keine befriedigen- § 33.
den Resultate. Analog dem Zustande unserer Doctrin scheint auch hier die Uebereinstimmung im ganzen wie die Klarheit und Bestimmtheit im einzelnen zu fehlen. Ein Trost, freilich nicht der beste, daß gerade dies die Zusammengehörigkeit von Wissenschaft und Doctrin documentirt. Glauben wir noch an den innern Zusammenhang unserer wissenschaftlichen Bestrebungen, so brauchen wir auch an der Einheit des geltenden Rechts nicht zu verzweifeln.

Werden neben den Definitionen auch die andern auf die Zurechnung bezüglichen Satzungen in betracht genommen, so mehrt sich doch die Zersplitterung nicht erheblich; gewisse Grundsätze mit ihren Consequenzen scheinen überall wiederzukehren.

Ohne Schuld keine Strafe. Belege für die Geltung dieses Satzes dürften kaum erfordert werden, übrigens verweise ich auf § 17 (S. 236 f.). Der Satz gilt aber doch nicht ganz ohne Ausnahmen. Diese knüpfen sich zunächst an den unglücklichen Gedanken daß Polizeivergehungen etwas besonderes von kleinen Verbrechen wesentlich unterschiedenes seien.

§ 33. Es ist schon oben (S. 132 f.) angeführt, daß das Oesterreichische Strafgesetz (vgl. ausser § 233, 238 auch § 236 wonach „zufällige Trunkenheit selber als Uebertretung gestraft werden" soll,) strafbare Uebertretungen auch bei fehlender Schuld anzunehmen geneigt ist, zugleich daß die Oesterreichische Doctrin hiegegen Opposition macht. Da nach den jetzt allgemein herrschenden Anschauungen aber Strafe ohne Schuld ein Unding ist, sicher nicht Strafe sondern ein Unfall der den Unschuldigen trifft, so ist es zweifellos daß diese Opposition über lang oder kurz durchdringen muss, wie in Oesterreich so auch anderorts. Denn auch anderorts soll ab und zu noch ohne Schuld gestraft werden. So entscheidet ein Erkenntnis des Obertribunals zu Berlin vom 24/1 1856 dahin, daß der Frachtführer, obgleich er nicht die Möglichkeit gehabt sich von der Unrichtigkeit der ihm mitgegebenen Declaration zu überzeugen, die in den Steuergesetzen von 30/5 1820 § 17b, und von 18/2 1819 § 60—65, geordneten Strafen zu erlegen habe, somit daß die fraglichen Strafsatzungen weder dolus noch culpa zu ihrer Anwendung erfordern. Dies Erkenntnis des höchsten Preussischen Gerichtshofes ist übrigens contra jus in thesi clarum gesprochen, da die gedachten Steuergesetze ausdrücklich von „Strafen" und von „Defraudationen" reden, und eine unverschuldete Defraudation in Wirklichkeit ebenso selten sein dürfte wie schuldloser Diebstahl oder Betrug. In der That verwandelt das Obertribunal, indem es das Moment der Schuld fallen lässt, die Strafe in eine neue Steuer, die den trifft der mit oder ohne Willen und Wissen gewisse Erfolge herbeiführt, nämlich falsch Declarirtes den Steuerbeamten in die Hände führt. Consequenterweise müsste das Obertribunal den Tollhäusler in dieser Weise für ebenso „strafbar", richtiger steuerpflichtig, achten wie den Zurechnungsfähigen. Diese Verwandlung der Strafe in eine Steuer mag zur Erleichterung der Thätigkeit der Steuerbeamten bequem erscheinen, ohne jeglichen

rechtlichen Anhalt wird sie durch diese utilitatis ratio doch nicht ge- § 33.
nügend entschuldigt. Zumal wenn man bedenkt daß die Nützlichkeit selber in Frage gezogen werden könnte. Denn streicht man die Schuld als Voraussetzung der s. g. Steuerstrafe und läßt also offenkundig Schuldige und Unschuldige von gleichem Nachtheil betroffen werden, so schwindet bei dem gemeinen Mann der Gedanke, daß in dem Defraudiren überhaupt eine Schuld stecken könne. Danach wird die richtige Declaration überall nicht aus Pflichtgefühl sondern nur erzwungen geschehn, was schwerlich beitragen dürfte die Bequemlichkeiten der Steuerbehörden zu mehren. — Auch die in Temmes Arch. III 500 mitgetheilte Entscheidung des O. A. G. zu Darmstadt: „bei Beurtheilung polizeilicher Uebertretungen kommt nur das materielle Factum in Betracht" ist wol nicht zu rechtfertigen.

Ausnahmslos ist die Unterscheidung von Dolus und Culpa als verschiedener Arten der Schuld angenommen. Eine selbständige dritte Schuldart besteht nirgends daneben, wol aber treten Abarten der zwei Hauptformen auf. Betreffs der Arten des Dolus ist auf die im § 31 zusammengestellten Definitionen, sowie auf den allgemein angenommenen Unterschied von Mord und Todschlag zu verweisen. Anders als alle übrigen bestimmt das Oesterreichische Strafgesetz § 134 und § 140 diesen Unterschied: Mord wenn „die Handlung in der Absicht zu tödten", Todschlag wenn sie „in andrer feindseliger Absicht ausgeübt" wird. Die andern folgen sämmtlich der gemeinrechtlichen aus Art. 137 der P. G. O. herzuleitenden Unterscheidung:

Bair. Art. 142, 146, 151; Old. Art. 147, 151, 156; Hannov. Art. 227, 230; Württ. Art. 237, 243; Braunschw. § 145, 146; Hess. Art. 252, 253; Baden § 205, 209; Thür. Art. 119, 123.

Alle diese stimmen zwar auch mit einander nicht vollkommen aber

§ 33. doch soweit überein, daß sie die Frage ob Mord oder Todschlag davon abhängig machen, ob der Thäter mit oder ohne „Ueberlegung“ oder „Vorbedacht“ gehandelt habe, und bei der Bestimmung des Todschlags ausdrücklich auf „Affect“ „aufwallende Hitze des Zorns“ „leidenschaftliche Aufwallung“ verweisen. Gerade die neuesten Strafgesetzbücher, Preuss. § 175, 176, Sachs. Art. 155, 156 und der Bair. Entw. Art. 223, 229 weichen darin von den übrigen ab, daß sie das Wesen des Todschlags nur negativ definiren: „vorsätzlich jedoch nicht mit Ueberlegung“, „absichtlich jedoch ohne Vorbedacht“. Der Preussische Entwurf von 1843 enthielt im Todschlagsparagraphen noch den Zusatz „im Affect“; auf Antrag der Rheinischen Stände ist derselbe aus den späteren Entwürfen fortgelassen, indem man annahm daß es Fälle vorsätzlicher Tödtung geben könne in welchen weder Ueberlegung noch Affect vorhanden sei. Für das Preussische Strafgesetzbuch hat sonach die Abweichung mehr als blos formelle Bedeutung, in Preussen sind wir nicht berechtigt dem „nicht mit Ueberlegung“ zu substituiren „im Affect“.

Bekanntlich ist über Art. 137 der Carolina und die Unterscheidung von Mord und Todschlag nach gemeinem Recht nicht wenig controvertirt worden; darüber einte man sich meist rasch, Vorbedacht oder Praemeditation und Affectwillen oder Impetus als reine Gegensätze zu erfassen. Die Frage ob die dem Morde eigenthümliche Ueberlegung nur einfach ungetrübter oder ein gesteigerter Dolus sei, betreffs dieses Gegensatzes verweise ich auf die oben S. 283 f. gegebenen Ausführungen, kann darum doch nicht als beantwortet gelten, für die Strafgesetzgebungen wenigstens die bei dem Todschlage den Affect unerwähnt lassen. Werden die Geschworenen gefragt ob der Thäter „vorsätzlich und mit Ueberlegung“ gehandelt habe, so werden sie allemal erwägen was unter dem mit Ueberlegung handeln zu verstehn sei, und selbst Erkenntnisse des Obertribunals, daß das Preussische Recht mit dem gemeinen Recht

nicht im Widerspruch stehe, werden diese Erwägungen nicht ab- § 33.
schneiden können. Man kann immer zugeben daß eine historisch richtige Anschauung dahin führen müsse, so nach gemeinem wie nach Preussischem Rechte zum Morddolus nur die Abwesenheit des Affects zu fordern, und wird dennoch sich nicht wundern dürfen, wenn die Geschworenen im einzelnen Falle Mord und Ueberlegung nur da annehmen mögen, wo sie überzeugt sind daß das Bedenken der That vor derselben zu einem gewissen Abschluss gediehen ist, so rasch übrigens dieser erreicht sein mag.

Gleichviel aber ob man den Gegensatz der Ueberlegung und Nichtüberlegung bei dolos verbrecherischem Handeln als einen Gegensatz des übervollen und des einfach vollen, oder des einfach vollen und eines geminderten Dolus erfassen mag, es ist kein Grund vorhanden denselben auf das Verbrechen der Tödtung zu beschränken, indem ganz dieselben Unterschiede bei allen andere Absicht nicht voraussetzenden Verbrechen ebenso zum Vorschein kommen können. Die Particulargesetze sind auf halbem Wege stehn geblieben, die meisten heben ausser bei der Tödtung, und insbesondere auch der Kindertödtung (Württ. 249, Hess. 259, Braunschw. 149.) den Vorbedacht nur noch bei Körperverletzungen hervor (Hann. Art. 242, Württ. 260, Hess. 262, Braunschw. 159, Bad. 225, Preuss. 190, Bair. Entw. 247, 232), Hessen auch noch bei der Androhung von Brandstiftung und Ueberschwemmung, Art. 419 und 422.

Wegen der Unterarten der Culpa, „grober" und „geringer", „bewusster" und „unbewusster" Fahrlässigkeit beziehe ich mich lediglich auf die Definitionen die unser § 32 enthält; was aus den Specialbestimmungen der Particulargesetze darüber sich ergibt dürfte verhältnismäßig unerheblich sein.

Die Frage nach der Scheidelinie von Dolus und Culpa wird durch die Definitionen der Particulargesetze weder klar und be-

§ 33 stimmt noch übereinstimmend entschieden. Streitig ist auch ob überhaupt der Gesetzgeber versuchen solle die Entscheidung dieser Frage durch Definitionen zu geben. In die meisten Deutschen Strafgesetzbücher waren solche Definitionen aufgenommen, aber in einigen sind sie nachträglich wieder aufgehoben, und gerade bei den neuesten gesetzgeberischen Experimenten hat man gar nicht oder sehr wenig definiren mögen. Das Strafrecht darf sicher nicht im Zweifel darüber sein wo die Grenze zwischen dolus und culpa laufe; es widerstrebt dem Recht, daß ein und dieselbe Schuld heute zum dolus und morgen zur culpa gerechnet werde. Hat der Gesetzgeber die Grenze richtig erkannt, so scheint es unbedenklich und nützlich, daß er die richtige Erkenntnis ausspreche. Zur Zeit aber befinden wir uns in der Lage, daß unsere Gesetzgeber selber die sichere Erkenntnis sich nicht zuschreiben, und einsehn daß sie statt der richtigen nicht nach eigenem Belieben eine andre Grenze ziehn, und diese eben durch ihr Belieben zur richtigen Grenze machen können. Die Frage wo Dolus aufhöre und Culpa anfange, hängt mit den Principien des ganzen Strafrechts so innig zusammen, daß hier von einem Rechtmachen durch den Gesetzgeber keine Rede sein kann. Die Frage ist von vornherein entschieden, der Gesetzgeber kann die Entscheidung finden und aussprechen, nicht schaffen oder auch nur umschaffen. Rechtfertigt sich hiedurch das legislative Schweigen für jetzt, so verpflichtet gerade dies Schweigen die Wissenschaft um so eifriger auf die Beantwortung der gestellten Frage auszugehn, denn die Antwort ist unentbehrlich. Und wenn wir gern annehmen wollen, daß auch jetzt schon, trotz doctrinärer und gesetzgeberischer Uneinigkeit, Geschworene und andere Richter in den bei weitem meisten Fällen richtig und also gleichmäßig entscheiden ob dolus oder culpa vorhanden, so muss das bestimmende Moment dieser richtigen Einzelentscheidungen auch allgemein ausgesprochen werden können; oder aber die Harmonie und

Richtigkeit der Einzelerkenntnisse dürfte auch nur eine erträumte § 33.
sein.

Drei Anschauungen von der Umgrenzung des Dolus haben wir unterschieden; die eine identificirt den Dolus mit der Absicht, kein Dolus wenn der Verbrecher nicht gehandelt hat um den verbrecherischen Erfolg zu erreichen; dieser entgegengesetzt die andre, daß jedes Handeln in der Voraussicht des Erfolgs als doloses gelten müsse; zwischen beiden eine Menge von Mittelmeinungen die Dolus überall annehmen wo die auf den Erfolg gerichtete Absicht vorhanden ist, aber ausserdem in manchen aber nicht allen Fällen des nur vorhergesehenen nicht beabsichtigten Erfolgs. Sieht man auf das Bild das die gesetzlichen Definitionen geben, so erscheinen diese Mittelmeinungen als die heut zu Tage in der Particulargesetzgebung vorherrschenden. Aber bald sieht man auch daß in der Gesetzgebung keine der Mittelmeinungen zu festen und brauchbaren Resultaten geführt hat, und daß die Abneigung der neuesten Gesetzgeber gegen das Definiren überhaupt, vornehmlich auf der Erkenntnis beruht, wie diese beliebten Mittelmeinungen nicht zu befriedigendem Abschluss zu bringen sind. Die Unmöglichkeit feste Grenzen zu finden nimmt diesen Meinungen den Anspruch auf dauernde Geltung für die Praxis so gut wie für die Theorie; der Streit muss sich zuletzt überall um die einfache Frage drehn, ob Dolus die auf den Erfolg gerichtete Absicht oder nur das gehörige Voraussehn des Erfolgs bei der Handlung erheischt.

Daß nicht jedes Vorhersehn des Erfolgs Dolus bedingen solle, tritt besonders in der Annahme der bewussten Fahrlässigkeit, so wie in einzelnen engen Definitionen des Dolus hervor (Hessen Art. 58, Baden § 97). Andererseits lässt sich nachweisen daß alle Particulargesetze in gewissen Fällen trotz fehlender Absicht Dolus annehmen.

In fast allen Particulargesetzen finden sich Vorschriften, wo-

§ 33. nach wenn zu gewissen Verbrechen ein schwererer nicht zum regelmäßigen Bestande des Verbrechens gehöriger Erfolg hinzutritt, z. B. Tödtung zu Abtreibung Nothzucht oder Raub, die Strafe sehr erheblich verschärft wird. Nebenher ist es zweifellos daß Erfolge die culpos herbeigeführt sind zu den Strafen der Culpa, wie andererseits dolos bewirkte Erfolge zu Dolusstrafen führen müssen. Wenn also durch dieselbe Handlung gewisse Erfolge dolos, andre culpos erwirkt sind, so ist auch bei der Bestrafung zu unterscheiden, wegen dieser Strafe der Culpa, wegen jener Dolusstrafe zu verhängen. Dies ist, wie schon bemerkt, in vielen Strafgesetzen ausdrücklich anerkannt, als nächste Consequenz der Unterscheidung von Dolus und Culpa überhaupt gilt es für alle Particularrechte, insbesondere für die welche wie das Preussische Strafgesetzbuch einfach schweigen. Der anscheinende Widerspruch anderer ist nachher zu berühren. Drehen wir den Satz um, so ergibt sich, daß wo ein Gesetz wegen gewisser Folgen einer Handlung die schweren Dolusstrafen androht, es hiebei von der Voraussetzung ausgeht, daß die Erfolge eben dolos bewirkt seien: sonst müssten Dolusstrafen die culpos oder gar zufällig bewirkten Erfolge treffen. Auf die anfangs genannten Strafbestimmungen wegen zu dem einfachen Verbrechen hinzutretender Erfolge angewandt, folgt hieraus daß die sehr bedeutenden Verschärfungen die nur als Dolusstrafen zu erfassen sind auch nur zur Anwendung kommen dürfen wenn der Thäter betreffs dieser Erfolge wirklich in dolo sich befunden hat. Derartige Bestimmungen enthält das Preussische Strafgesetz folgende:

§ 182. Strafe der Abtreibung — 20 J. Zuchthaus; ist der Tod der Schwangeren herbeigeführt lebenslängliche Zuchthausstrafe.

§ 183. Aussetzung, Gefängnis; im Fall des Todes des Ausgesetzten — 10 J. Zuchthaus.

§ 193, 194. Schwere Körperverletzung, Zuchthaus 2—15 J.; im Fall der Tödtung 10—20 Jahr. § 33.

§ 197. Vergiftung — 10 J. Zuchthaus; Fall der Tödtung, lebenslänglich.

§ 210. Einsperrung, Gefängnis; nach den Folgen — 15 J. Zuchthaus.

§ 231, 233. Raub — 15 J. Zuchthaus; Tödtung dazu, lebenslänglich.

§ 285. Brandstiftung, Zuchthaus; wenn ein Mensch das Leben verloren, Todesstrafe.

§ 290. Ueberschwemmung, Zuchthaus; Fall der Tödtung, Todesstrafe.

§ 294. Beschädigung der Eisenbahn, Zuchthaus; hinzutretende Tödtung, Todesstrafe.

§ 296, 297. Beschädigung der Telegraphen, Gefängnis; je nach dem weiteren Erfolge — 20 J. Zuchthaus.

§ 302. Verbrechen wider Sicherheit der Schifffahrt, Zuchthaus 10 J.; wenn ein Mensch dadurch ums Leben gekommen, Todesstrafe.

§ 303. Vorsätzliche Strandung, Zuchthaus; verliert ein Mensch das Leben, Todesstrafe.

All diese Strafschärfungen sind erheblich, so erheblich daß sie nach der Preussischen Strafscala als Dolusstrafen gelten müssen, und also nur eintreten können wo der Thäter betreffs des hinzutretenden Erfolgs in dolo gewesen ist. Wer behauptet daß dieselben Strafschärfungen auch bei nicht vorgesehenem (culposem) oder gar bei nicht vorzusehendem (zufälligem) Erfolge zur Anwendung kommen sollten, zeiht den Preussischen Gesetzgeber der ärgsten Inconsequenz. Nur dolose Erfolge also kommen hier in betracht. Welcher Art aber ist dieser Dolus? Daß die hinzutretenden Erfolge bezweckt und beabsichtigt sein müssen, ergibt sich aus den Ge-

§ 33. setzesworten keineswegs; wäre dies dennoch der Wille des Gesetzgebers gewesen, so wäre sein Ausdruck als ein völlig verfehlter zu tadeln. Daß es nicht sein Wille gewesen, zeigt sich übrigens unzweifelhaft aus dem Schluss des § 197:

> Hat die Handlung [Vergiftung] den Tod zur [dolosen] Folge gehabt, so tritt lebenslängliche Zuchthausstrafe ein. Diese Bestimmungen berühren nicht den Fall, wo der Thäter die Absicht zu tödten hatte.

Analog bei der Aussetzung § 183:

> Ist die Handlung mit dem Vorsatz [hier mit der Absicht in unserem Sinne identisch] zu tödten verübt, so kommen die Strafen des Mordes zur Anwendung.

Sollen aber die hinzutretenden Erfolge zugleich dolose und nicht beabsichtigte oder bezweckte sein, so wird man sie nicht anders denn als bei der Handlung vorhergesehne bestimmen können, und also anerkennen müssen daß nach nicht wenigen Paragraphen des Preussischen Rechts der dolus auch im bloßen Vorhersehn des Erfolgs bei der Handlung bestehn könne.

Zu besserer Uebersicht habe ich diese Beweisführung vorläufig auf ein einziges Particularrecht bezogen; sie ist für die übrigen ebenso schlagend. In jedem Recht sind Dolus- und Culpastrafen unterschieden, und die Dolusstrafen nicht auch wegen culposer Erfolge zu verhängen. Wie das Preussische enthalten die andern Particularrechte bei manchen Verbrechen bezüglich der hinzutretenden Erfolge Strafverschärfungen die ihrer Höhe wegen als Dolusstrafen anzusehn sind, und darum nur dolose Erfolge treffen dürfen. All diese Bestimmungen sind aber so gefasst, daß es willkürlich wäre sie auf die bezweckten Erfolge zu beschränken. Also gibt es nach allen Rechten dolose Erfolge die doch nicht beabsichtigte sind, und also einen Dolus der von der Absicht zu unterschei-

den ist, und nur im Voraussehn des Erfolgs bei der Handlung § 33.
bestehn kann. Man vergleiche:

Oesterr. § 85, 86. Oeffentliche Gewaltthätigkeit + Tödtung; § 89. Beschädigung der Telegraphen + besonders wichtiger Schaden; § 93, 94. Freiheitsberaubung + Schaden; § 126. Nothzucht + Tod; § 141. Raub + Tod; § 148. Abtreibung + Schaden der Mutter; § 150, 151. Aussetzung + Tod; § 156. Körperverletzung + erheblicher Schaden; § 167. Brandlegung + Tod.

Baiern und Oldenb. Art. 175—77 (O. 180—82) Aussetzung + Tod; Art. 189. (O. 194) Nothzucht + Tod; Art. 239 (O. 244) Raub + unheilbarer Schaden; Art. 248 (O. 253) Brandstiftung + Tod.

Bair. Entwurf Art. 204. Nothzucht + bleibender Schaden oder Tod; Art. 327. Brandstiftung + Tod; Art. 333. Ueberschwemmung + Tod; Art. 337. Verletzung von Eisenbahntransporten + Großer Schaden, oder Tod.

Hannover Art. 183. Brandstiftung + Tod oder lebensgefährliche Verletzung; Art. 237. Abtreibung + Tod; Art. 271. Nothzucht + Tod.

Württemberg Art. 255. Abtreibung + Tod; Art. 295. Nothzucht + Tod; Art. 312. Raub + Tod; Art. 378. Brandstiftung + Tod.

Hessen Art. 159. Aufruhr + Mord Todschlag Raub oder Brandstiftung; Art. 262. Körperverletzung + Tod; Art. 284. Abtreibung + Tod; Art. 330. Nothzucht + Tod; Art. 411. Brandstiftung + Tod; Art. 420. Ueberschwemmung + Tod.

Baden § 335. Nothzucht + Tod; § 412. Raub + Tod; § 558. Brandstiftung + Tod; § 564. Ueberschwemmung + Tod; § 567. Beschädigung von Eisenbahnen + Tod.

§ 33. Thüringen Art. 128. Abtreibung + Tod; Art. 161. Brandstiftung + Tod; Art. 292. Nothzucht + Tod.

Sachsen Art. 161. Abtreibung + Tod; Art. 177 (cf. Art. 280) Raub + Tod; Art. 185. Unzucht + Tod; Art. 209. Brandstiftung + Tod; Explosion, Brunnenvergiftung Ueberschwemmung + Tod.

Nur einem Strafgesetzbuch, dem Braunschweigischen fehlt es an den Bestimmungen auf welche diese Argumentation baut. Diese particulare Abweichung ist als solche anzuerkennen, unter den übrigen Strafgesetzen aber sind keine erheblichen Divergenzen anzunehmen trotz dem Schein der Worte. So scheint es bisweilen als ob einige Gesetze auch bei dem hinzutreten nur culposer Erfolge die dem Dolus entsprechende Strafschärfung verordneten. Allgemein lautende Bestimmungen des Oesterreichischen Bairischen und Sächsischen Strafgesetzes kommen hier in betracht.

Oest. § 1. Böser Vorsatz....auch wenn aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das Uebel welches dadurch entstanden ist gemeiniglich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann.

Das klingt freilich als ob jeder objectiv wahrscheinliche Erfolg der durch die Verübung eines Verbrechens hervorgerufen wird, ohne Unterschied nach dem geistigen Verhalten des Thäters zu diesem Erfolge im besondern Falle, die schwersten Strafen nach sich ziehn und demgemäß in den „bösen Vorsatz" verwiesen werden sollte, auch wenn er nur in der Fahrlässigkeit gelegen: allein es ist schon oben § 31 gezeigt wie diesem Anhang der Oesterreichischen Definition des Dolus für das heutige Recht keine Geltung mehr zukommt. Ebendort ist auch schon der Bairische Art. 41, aufgehoben durch das Ges. v. 29/8 48, aber noch gültig in Oldenburg Art. 54, besprochen worden. Es ist eine rohe schon von Carpzow verworfene Regel, daß wer überhaupt ein Verbrechen begehn

wolle als doloser Urheber all der Erfolge zu strafen sei die an die § 33.
verbrecherische Handlung sich ansetzen mögen. Hat man dies erkannt und dazu daß gesetzliche Praesumptionen des dolus unzulässig sind, so kann man überall dem Dolus nur die Erfolge zurechnen und nur die als dolose Erfolge strafen, die wirklich durch geistige Beziehungen mit dem Thäter verknüpft sind wie sie das Wesen des Dolus ausmachen. Entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen müssen wie in Oesterreich durch die Praxis oder wie in Baiern vom Gesetzgeber selber beseitigt werden. Räumt man aber ein daß nur wirklich vorhandener dolus mit den Dolusstrafen zu belegen ist, so ist es evident daß auch die Oesterreichischen und Bairischen Strafschärfungen nur dolose Erfolge treffen dürfen. Man bedenke noch: culpose Vergehungen zählen nach dem Oesterreichischen Strafgesetz nie zu den Verbrechen, ihre Strafen sind ganz andre als die der Verbrechen (Oest. Str. G. § 12 f. vgl. mit § 240 f.); die längste regelmäßige Freiheitsstrafe wegen eines Nichtverbrechens ist sechsmonatlicher Arrest, dabei wächst die Strafe der Nothzucht von ihrem gewöhnlichen Maximum 10 Jahre durch den hinzutretenden Tod zur lebenslänglichen Kerkerstrafe, die Strafe der gefährlichen Brandlegung von 10 J. Kerker bei gleichem Erfolge zur Todesstrafe; nach Bairischem Recht Art. 69 ist die Strafe der Fahrlässigkeit bei den schwersten Vergehungen Gefängnis von 18 Monden bis zu zwei Jahren, und hier wächst die Strafe der Nothzucht wegen erfolgter Tödtung von achtjährigem Arbeitshaus zur Todesstrafe, die Strafe der Brandstiftung von Kettenstrafe oder Zuchthaus gleichfalls zur Todesstrafe.

Im Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen bestimmt Art. 49:

„Auch bei einer mit rechtswidrigem Vorsatze begangenen Handlung kann, wenn nach den Umständen eine bestimmte Grenze der Absicht anzunehmen ist, der darüber hinausgehende

§ 33. rechtsverletzende Erfolg, insofern nicht in den besonderen Vorschriften des zweiten Theiles wegen eines solchen Erfolgs ausdrücklich eine höhere Strafe angedroht ist, nur als ein durch Unbedachtsamkeit verschuldeter in betracht gezogen werden".

Der Satz ist nicht unbedenklich. Eine doppelte Auslegung scheint möglich. Entweder der Gesetzgeber braucht „Absicht" in dem engen Sinne den wir dem Wort unterlegen. Dann ist gesagt: als doloser Erfolg komme regelmäßig nur der bezweckte in betracht; trete ein nicht bezweckter Erfolg zu dem Verbrechen, so sei dieser regelmäßig nur als ein durch Fahrlässigkeit verschuldeter zu ahnden; nur ausnahmsweise solle nach besonderen Vorschriften des zweiten Theils der nicht bezweckte Erfolg bisweilen auch mit den Dolusstrafen belegt werden können. Diese Interpretation liesse die Einschränkung zu, daß ausnahmsweise zwar der nicht bezweckte Erfolg, aber doch nicht jeder nicht bezweckte Erfolg, nicht der casuelle und nicht der culpose sondern nur der vorhergesehene nicht bezweckte Erfolg zur Anwendung der Dolusstrafen führen könne. Krugs Angabe, daß auch der vorhergesehene Erfolg als innerhalb der „bestimmten Absicht" belegen angenommen werden müsse, widerstrebt dieser Interpretation. Nach Krug würde nur der Erfolg die „Grenze der Absicht" überschreiten, der nicht „als wahrscheinlich" vorhergesehn wäre. Da aber jede Unterscheidung des „als wahrscheinlich" und des „als unwahrscheinlich" Vorhersehens auf Willkür hinausläuft (vgl. oben S. 441 f.), so würde die auf Krug bauende Interpretation nicht wol umhin können dem citirten Art. 49 die besondere Dolusstrafen androhenden Vorschriften des zweiten Theils auch auf die über die Grenze der Absicht hinausgehenden nicht vorhergesehenen also culposen oder gar casuellen zu einem Verbrechen hinzutretenden Erfolge auszudehnen. Schein-

bar findet die hiernach mögliche schwere Ahndung der hinzutreten- § 33.
den Culpa auch im Art. 209 Unterstützung:

Das Verbrechen der Brandstiftung wird geahndet mit dem Tode, wenn durch das entstandene Feuer ein Mensch um das Leben gekommen ist und dieser Erfolg unter den obwaltenden Umständen von dem Thäter vorausgesehn werden konnte.

Also nur das „Voraussehn können" nicht wirkliches „Voraussehn" nur culpa nicht dolus würde erfordert? und diese hinzutretende culpose Tödtung sollte die Strafe von Zuchthaus zur Todesstrafe steigern? Dem Vorwurf der Inconsequenz und unbilligen Härte würde der Gesetzgeber bei diesen Annahmen nicht entgehn können.

Aehnliche Hinweisungen auf das „Vorhersehn können" finden sich aber auch in manchen andern Gesetzbüchern bei den Bestimmungen die uns hier beschäftigen:

Oest. § 167 ... wenn das Feuer ausgebrochen, und dadurch ein Mensch, da es von dem Brandleger vorhergesehn werden konnte, getödtet wird....

Württemb. Art. 378 ... wofern der Thäter diese Folge vorhersehn konnte.

Thür. Art. 161 ... und dieser Erfolg den Umständen nach von dem Verbrecher vorauszusehn war.

Baden § 558 ... und dieser Erfolg von ihm als die wahrscheinliche Folge der Brandstiftung vorhergesehn werden konnte.

Hessen Art. 411 ... soll bestraft werden mit dem Tode, wenn in Folge des ausgebrochenen Feuers ein Mensch getödtet worden ist, wofern der Brandstifter diesen Erfolg vorhersehn konnte cf. Art. 420.

Bedenkt man hiezu daß bei Brandlegung an allen größeren Ge-

§ 33. bäuden die Verletzung und auch Tödtung von Menschen die zum Löschen kommen ein sehr wohl möglicher Erfolg ist und also stets „vorhergesehn werden kann“, so überzeugt man sich bald daß die Gesetzgeber ihre Worte in engerem Sinn gebrauchen wollten. An anderer Stelle sagt das Hessische Gesetz:

> Art. 284 .... wenn dem Thäter bekannt war daß die angewendeten Mittel diesen Erfolg haben konnten,

d. h. also wenn der Thäter diesen Erfolg nicht blos vorhersehn konnte, sondern als einen möglichen wirklich vorhergesehn hat. Es ist nicht anzunehmen daß das Gesetz im Art. 411 anderes verordnen wollte als im Art. 284: der Thäter soll beidemale wirklich vorhergesehn, nicht blos die Möglichkeit des Vorhersehns gehabt haben; aber er soll doch überall den Erfolg nur als möglich nicht als gewis vorausgesehn haben. Ganz ebenso sind die entsprechenden Ausdrücke der andern Strafgesetzbücher zu erklären. Für die Wahl des Ausdrucks mag noch bestimmend gewesen sein daß der Gesetzgeber an die Stelle des Richters sich versetzt hat: ob der Thäter vorhergesehn oder nicht, darauf kommt es an; aber bleibende Spuren hinterlässt das Vorhersehn nicht; will der Thäter nicht gestehn, so muss der Richter auf Umwegen ans Ziel kommen; überzeugt er sich daß der Thäter mit Leichtigkeit vorhersehn konnte, so wird er annehmen daß derselbe wirklich vorhergesehn. — Uebrigens bleiben wir dabei, daß wo erwiesenermaßen der Thäter den Erfolg nicht vorhergesehn, obgleich er die Möglichkeit gehabt sich diese Voraussicht zu schaffen, auch die nur dem Dolus entsprechenden Strafschärfungen nicht eintreten dürfen.

Daß aber auf der andern Seite diese Strafschärfungen nicht blos auf beabsichtigte, bezweckte, Erfolge zu beschränken sind, ergibt sich aus der Fassung derselben ganz allgemein und wird in einzelnen Bestimmungen ähnlich den § 183 u. § 197 des Preussi-

schen Strafgesetzes nicht selten ausdrücklich hervorgehoben; man § 33.
vergleiche

Hannover Art. 237 I ... ohne daß solchen der Thäter beabsichtigte...

Württ. Art. 312 .... ohne die Absicht zu tödten...

Baden § 335, 412.

Ein andres Argument dafür daß nach heutigem Deutschem Recht nicht blos bezweckte Erfolge, sondern auch sonst vorhergesehne Erfolge dem Dolus zufallen können, ergibt die Betrachtung der Vorschriften über die Behandlung des Irrthums in der Person. Ich beabsichtige den A zu tödten, laure ihm auf, glaube ihn zu sehn, schiesse auf den gesehenen und treffe diesen, und habe nun den B ermordet den ich für den A angesehn. Der Fall ist wohl zu scheiden von dem andern wo ich A sehe, um ihn zu morden auf ihn schliesse, mit dieser Kugel dann aber den in der Nähe befindlichen B treffe; in diesem zweiten Falle fliesst der Versuch eines beabsichtigten Verbrechens zusammen mit dem vollendeten andern nach Umständen vorsätzlichen (wenn auch dieser Erfolg vorhergesehn) oder culposen Verbrechen, oder auch mit einem casuellen Vergehn d. h. Nichtvergehn. Für den ersten Fall aber, wo ich das Verbrechen an dem einen beabsichtige und an dem andern ausführe weil ich diesen andern für jenen einen halte, sind Theorie und Praxis dahin einverstanden daß die volle Dolusstrafe anzuwenden ist; man vergleiche

Heffter Lehrb. § 57, Köstlin System § 62, § 75, 1, Berner Lehrb. § 91, Temme Preuss. Strafr. § 40 VII, Hälschner Syst. § 42 Anm.

und

Temmes Archiv II 60 und 61, Erkk. des O. A. Gs. zu Cassel und des Cass. Hs. zu Wien.

§ 33. Einige der Particulargesetze erkennen denselben Satz ausdrücklich an; so

Braunschw. § 28. Es wird der böse Vorsatz dadurch nicht ausgeschlossen daß der Thäter irrthümlich seine verbrecherische Thätigkeit gegen eine andre Person oder eine andre Sache richtet, als die worauf seine Absicht eigentlich ging.

ähnlich Hessen Art. 62, Baden § 100, Thüringen Art. 29, vgl. Oesterr. § 134. Aber auch all die übrigen Strafgesetzbücher begrenzen die Wirksamkeit des Irrthums dergestalt, daß in dem vorbezeichneten Falle Dolus anzunehmen ist,

vgl. Baiern Art. 42, Oldenb. Art. 55, Hannov. Art. 45, Württemb. Art. 100, Preussen § 44, Sachsen Art. 95.

Sonach kann der Satz unbedenklich als ein dem heutigen Deutschen Strafrecht angehöriger angenommen werden. Derselbe erklärt sich aus unserer Theorie zum besten. Der innere Thatbestand doloser Tödtung ist vollständig vorhanden. Der Thäter hat den B gesehn, im sehn geschossen, im schiessen den Erfolg die Tödtung des gesehenen vorauserkannt. Daß er den Gesehenen als den B erkannt, und also die Tödtung gerade des B vorausgesehn habe, dürfen wir nicht erfordern, da für dies Verbrechen die Bekanntschaft des Handelnden mit der Persönlichkeit des Gemordeten indifferent ist. Auch daß Thäter gehandelt nicht um den B sondern um den A zu tödten, ist nach unserer Anschauung gleichgültig, weil uns der Morddolus überhaupt nicht von der Absicht abhängig erscheint. — Dagegen sehe ich nicht ein wie man den angezogenen Satz des heutigen Deutschen Rechts mit den Consequenzen der Ansicht daß zum Dolus stets ein bezwecken und beabsichtigen des Erfolgs zu erfordern sei, vereinen kann. Freilich sagt Böhlau (Proc. Rose und Rosal S. 11) bezüglich auf einen derartigen Fall, wo R gedungen den S zu ermorden sich in der Person irrt und den H erschiesst,

R, als er auf den H zielte, *wollte* ebenso gewis den Träger § 33.
dieses Namens (also den H) *tödten*, wie der Scharfschütze den feindlichen Major tödten *will* auf den er anlegt obwol er ihn sonst noch nie gesehn,

aber dieses „einen Erfolg wollen" dürfte auch eben keine andre Bedeutung haben als die oben S. 252, 254 entwickelte.

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Irrthum unterstützen den von uns zu führenden Beweis noch in anderer Art.

Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist entweder von besondern Eigenschaften in der Person des Thäters oder desjenigen auf welchen sich die That bezog, oder von den besondern Umständen unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehn nicht zuzurechnen welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der That unbekannt waren.

Wenn durch solche besondere dem Thäter unbekannt gebliebene Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese erschwerenden Umstände der That nicht zugerechnet werden.

Dieser Satz des Preuss. § 44 kehrt in den andern Particulargesetzen wieder, in denen er aber meist nicht ebenso scharf formulirt wird. Man vergleiche

Sachs. Art. 95, Thür. Art. 63, Bair. Entw. Art. 59;
Braunschw. § 32, Hessen Art. 42, 43, Württemb. Art. 100,
Baden § 72;
Baiern Art. 42, Hannover Art. 45, Oldenb. Art. 66;
Oesterreich § 2 f.

Also beispielsweise: Stuprum mit den nächsten Blutsverwandten

§ 33. ist als Incest nur dann zu strafen wenn dem Thäter die Verwandtschaft bekannt gewesen; die Beleidigung wird zur Majestätsbeleidigung nur wenn der Beleidiger wusste wer der Beleidigte war. Wusste der Thäter das eine und das andre, so trifft ihn volle Strafe, sein Handeln gilt als doloses, wir meinen bei ihm den vollen Incests- und resp. Majestätsbeleidigungsdolus, nicht etwa nur einen Complex von Beleidigungsdolus und Majestätsbeleidigungsculpa zu entdecken. Und worin besteht dieser volle Dolus? Darin daß er trotz dem Wissen gehandelt hat, nicht darin daß er sich durch das Wissen zum Handeln hat bestimmen lassen. Es wird nicht erfordert daß er stuprirt habe um eben eine Verwandte zu stupriren, oder beleidigt um einen König zu beleidigen. Wieder also erscheint das die Handlung nicht hemmende Vorwissen des Erfolgs, und nicht das Bezwecken und Beabsichtigen des Erfolgs als Kern des Dolus.

Endlich noch eins. Auf S. 376 f. ist hervorgehoben, daß fast von allen Particulargesetzen der Grund der fehlenden Zurechnungsfähigkeit in einen Mangel des Urtheils und Erkenntnisvermögens gesetzt wird. Die Consequenz bedingt, daß wenn die Zurechnungsfähigkeit auf dem Dasein des Urtheils und Erkenntnisvermögens beruht, auch im einzelnen Falle die Zurechnung abhängig sein müsse von dem Gebrauch eben dieses Vermögens, daß also die richtig erkannten und beurtheilten Erfolge jedem Handelnden zugerechnet werden, gleichviel welchen Zweck er bei der Handlung verfolgt hat.

Soviel zum Beweise daß nach den modernen Particulargesetzen auch wo der Erfolg nicht bezweckt worden, die Absicht nicht auf den Erfolg gegangen, Dolus anzunehmen sein kann. Aber nicht bei allen Verbrechen. Hochverrath Diebstahl Betrug ohne bestimmte Absicht kennt kein Deutsches Strafgesetz. Ich behaupte daß die Grenze der Absichtsvergehn und der eventuell auch ohne

Absicht dolosen Verbrechen in allen Particulargesetzen im wesentlichen gleich gezogen ist, und ebenso im wesentlichen den Ausführungen unseres § 22 entspricht. Der volle Beweis dieser Behauptung erfordert ein Eingehn in Details zu dem hier der Raum fehlt; darum mögen einige Andeutungen genügen. Alle eventuell ohne Absicht zu begehenden Verbrechen vereinen die zwei Merkmale, daß sie einen absolut schädlichen Erfolg nach sich ziehn, und daß dieser Erfolg kein so unmittelbar aus der Handlung sich ergebender ist, daß er nicht möglicher Weise auch von dem zurechnungsfähigen Handelnden könnte übersehn werden. § 33.

Den Kern der auch absichtslos dolosen Verbrechen bilden diejenigen deren Erfolg in der Verletzung von Körpern, lebenden oder todten besteht; der absolute Schaden ist hier zweifellos. Dahin gehört vor allem die Menschentödtung, daneben die technisch sogenannte Körperverletzung und die Beschädigung von Eigenthumsstücken. Zu dieser ist zu bemerken daß da die dolose und culpose Verletzung fremder Privatrechte zwar stets ideal strafbar (vgl. § 10), oft aber doch ein so geringes Vergehen ist, daß der Staat mit gutem Fug die rechtliche Bestrafung ganz aufgeben kann, es dem Staat auch freistehn muss von diesen kleinen idealen Straffällen nach festen Regeln einige zur Strafe zu ziehn andere zu übergehn. So erklärt sich daß kleinere Eigenthumsbeschädigungen bisweilen zu Absichtsvergehn gemacht sind, d. h. unter Voraussetzung einer besondern Absicht gestraft werden, ohne dieselbe straflos ausgehn. Beispielsweise

Baden § 570. Wer aus Bosheit Rachsucht oder Eigennutz fremde Sachen beschädigt oder zerstört.

Thüringen Art. 281.. aus Rache Bosheit oder Muthwillen.

Sachsen Art. 335. Die Beschädigung ... aus Bosheit oder Muthwillen ist auf Antrag unter Berücksichtigung der Beweggründe zur That...

§ 33. Wo aber die Eigenthumsbeschädigung größere Dimensionen annimmt, so daß über ihr Verhältnis zu den Staatsinteressen kein Zweifel sein kann, da pflegt die Rücksicht auf die Motive überhaupt und insbesondere auf die Absicht fortzufallen, so bei Brandstiftung Veranlassung von Ueberschwemmung überhaupt all denjenigen Vergehungen die man jetzt als gemeingefährliche zusammenzufassen pflegt.

Absoluter Schaden ist so gut dann vorhanden, wenn der Edelstein auf den Grund des Meeres versenkt als wenn er zerstört wird. Aehnlich wird ein absoluter Schaden auch dann anzunehmen sein, wenn ein Mensch seiner Körperkräfte zwar nicht beraubt aber in dem Gebrauch derselben dauernd behindert wird. Das Gefangenhalten eines Menschen müsste also auch zu den Verbrechen zählen die ohne Absicht strafbar wären, daneben ist aber zu berücksichtigen, daß thatsächlich solch andauerndes Gefangenhalten kaum je unbeabsichtigt vorkommen kann. Bei andern Verbrechen dürfte der Grund des Schwankens, ob Absichtsvergehn oder nicht, darin liegen, daß man sich noch nicht fest darüber geeinigt hat, ob der erforderliche Erfolg als absoluter Schaden anzunehmen sei. Meineid Blutschande Bigamie und anderer Ehebruch mögen hier genannt werden. Ist die Abgabe einer falschen eidlichen Versicherung unter allen Umständen etwas schlechtes dem Ganzen schädliches, oder wie etwa das Nachziehn fremder Namenszüge und das Besitzergreifen an fremden Sachen nur wenn es aus böser Absicht hervorgeht? Die praktische Bedeutung dieser Frage tritt besonders bei der Behandlung des culposen Meineids hervor. Wer ihn straft spricht damit aus daß die Absicht hier nicht zu den nothwendigen Voraussetzungen zählt, und wird consequent die falsche eidliche Versicherung als etwas absolut schädliches betrachten müssen. In der Deutschen Particulargesetzgebung besteht

keine Uebereinstimmung; den fahrlässigen falschen Eid zeichnen als § 33.
strafbar aus:

Hannover Art. 214, Braunschweig § 137, Thüringen Art. 177, Preussen § 132, Sachsen Art. 227.

Die andern obengenannten Verbrechen sind ähnlich zu beurtheilen. Um volle Unbefangenheit uns zu wahren beginnen wir mit der Frage: wenn eine Ehefrau im gerechtfertigten Irrglauben ihr Mann sei verstorben, eine neue Ehe eingeht oder ausserehlich einem andern sich preisgibt, oder wenn eine Schwester in entschuldbarer Unwissenheit mit dem leiblichen Bruder sich vermischt, sind dies für das allgemeine Interesse gleichgültige, oder vielmehr nachtheilige Ereignisse die in den Begriff des absoluten Schadens fallen? Erklären wir sie für schädlich, so werden wir in dem andern Falle, wo auch die Frau um das Leben ihres Mannes nicht gewusst und die Schwester den Bruder nicht gekannt hat, die Unwissenheit beider aber als eine verschuldete sich darstellt, Frau und Schwester zu strafen haben; nicht deswegen daß sie durch eine bei ihnen nicht vorhandene Kenntnis sich von ihren Handlungen nicht haben abhalten lassen, wol aber darum weil sie diese richtige Kenntnis nicht wie sie gekonnt und gesollt sich erworben haben. Demnach müssen wir culposen Incest wie culposen Ehebruch und culpose Bigamie strafen, und anerkennen daß auch die dolose Form dieser Verbrechen Absicht nicht erfordert. Die Particulargesetzgebung hat den absoluten Schaden der in Erfolgen dieser Verbrechen liegt meist nicht anerkannt. Nur in Baiern und Oldenburg könnte man nach den weitgreifenden Bestimmungen über die Bestrafung der Fahrlässigkeit (Baiern Art. 69 f., Oldenb. Art. 63 f.) an die Strafbarkeit auch culposes Ehebruchs und culposes Incestes denken; nach den andern Strafgesetzbüchern erscheint sie überall ausgeschlossen, bald durch ausdrückliche Bestimmungen (z. B. Hann. Art. 257 und Art. 274), bald durch die allgemeinen Ver-

§ 33. ordnungen über Behandlung der Fahrlässigkeit verglichen mit denen über die Wirksamkeit des Irrthums. Dahingegen ist die Strafbarkeit culposer Bigamie mehrfach ausdrücklich anerkannt,

Württemb. Art. 304, 4; Hannover Art. 260; Hessen Art. 322.

Mit der Linie welche die ohne Absicht möglichen Verbrechen umschränkt fällt wie im § 23 (vgl. § 30) gezeigt ist die Grenze der culposen Vergehungen zusammen. Daß die culpose Verübung nicht bei allen Verbrechen möglich ist kann als Satz des heutigen Deutschen Strafrechts gelten. Das Gegentheil war sonst in Baiern angenommen (Art. 64 aufgehoben, vgl. Art. 69), dem hierin ausser Oldenburg (Art. 58, 63) keine der jetzt geltenden Gesetzgebungen gefolgt ist. Schon Hannover Art. 46 spricht davon, daß jemand gethan oder unterlassen „woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuch auch ohne Voraussetzung des rechtswidrigen Vorsatzes mit Strafe bedrohete Verletzung entstanden ist". Deutlicher noch Hessen Art. 57:

Werden Handlungen deren vorsätzliche Verübung das Gesetz mit Strafe bedroht aus Fahrlässigkeit begangen, so unterliegen sie nur in den Fällen einer Strafe, in welchen dieses ausdrücklich verfügt ist.

Aehnlich: Württemb. Art. 58, Braunschw. § 26, Baden § 102, Thüringen Art. 30, Sachsen Art. 48. Auch der Bair. Entw. hat eine ähnliche Bestimmung im Art. 5 aufgenommen. Das Preuss. Strafgesetzbuch gibt keine allgemeine Verordnung, indem es den Satz als zweifellos an sich betrachtet, und hebt demgemäß die Strafbarkeit auch der Fahrlässigkeit überall wo es dieselbe annimmt ausdrücklich hervor. Die einzelnen Verbrechen aber bei denen die Particulargesetze in der Hauptsache übereinstimmend die Fahrlässigkeit strafen wollen sind wesentlich dieselben die wir als Nichtabsichtsverbrechen charakterisirt haben:

Tödtung, Hann. 235, Württ. 251, Hessen 255, 256, § 33.
Braunschw. 152, Baden 211, Thür. 125, Preussen 184, Sachsen 165, Bair. Entw. 234;
Körperverletzung, Hann. 246, Württ. 267, Hessen 269, Braunschw. 161, 162, Baden 237, Thür. 135, Preussen 198, 203, Sachsen 175, Bair. Entw. 248;
Vergiftung insbesondere, Hessen 279, Baden 245;
Brandstiftung, Hann. 191, Württ. 384, Hessen 418, Braunschw. 212, Baden 562, Thür. 171, Preussen 288, Sachsen 220, Bair. Entw. 332;
andere s. g. gemeingefährliche Handlungen, Hann. 191, Württ. 241, Hessen 421, 438, Braunschw. 212, Baden 248, 564, 569, Thür. 171, Preussen 293, 295, 298, 301, 303, 304, 308, Bair. Entw. 339, 341;
falscher Eid, Hann. 214, Braunschw. 137, Thür. 177, Preussen 132, Sachsen 227;
Bigamie, Hann. 260, Württ. 304, Hessen 322;
Entweichenlassen der Gefangenen, Preussen 95.

Auch das Oesterreichische Strafgesetz straft die Culpa vornehmlich dann, wenn sie entweder „eine Gefahr für das Leben die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen“ geeignet ist (§ 335 f.), oder wo sie die „Sicherheit des Eigenthums“ insbesondere durch Erzeugung von Feuersbrünsten (§ 434 f.) bedroht.

§ 34.

Grenze von Schuld und Nichtschuld. Zwang und Irrthum.

§ 34. Die criminalistische Schuld bezieht sich überall auf die Herbeiführung staatswidriger Erfolge. Sie setzt voraus, einmal daß diese Erfolge thatsächlich die Folgen von Handlungen d. h. gewollten Körperbewegungen eines Thäters, sodann daß dieselben auch durch ein geistiges Band, das wir als vernünftiges Voraussehn definirt haben, mit dem Thäter verknüpft seien. Bei den culposen Vergehen tritt an die Stelle dieses Voraussehns ein nicht zu rechtfertigendes Nichtvoraussehn. Nichtschuld also betreffs aller Erfolge die nicht Folgen von Handlungen sind, Nichtschuld sodann auch betreffs der Erfolge unserer Handlungen die wir nicht vernünftig vorhergesehn haben, und zwar bei Vergehn deren unvorsichtige (culpose) Verübung undenkbar ist unbedingt, bei den andern, die in culposer Form auftreten können, falls die Nichtvoraussicht eine verzeihliche ist. Bei den Absichtsvergehn stoßen Dolus und Nichtschuld unmittelbar an einander, Nichtschuld sobald die auf den Erfolg gerichtete Absicht fehlt, zweifellos also auch dann wenn dieser Erfolg überhaupt nicht vorgesehn ist. Bei den übrigen Vergehungen geht der Dolus mit dem Aufhören der Voraussicht in die Culpa über, diese grenzt an die Nichtschuld und unterscheidet sich von derselben durch die Unverzeihlichkeit des Nichtvoraussehens. Die Nichtschuld beruht regelmäßig auf einem Mangel des verbrecherischen Thatbestands, entweder darauf daß der Erfolg kein Erfolg von des Thäters Handlungen, oder darauf daß die geistige Verknüpfung zwischen dem Thäter und dem Erfolge (Voraussicht oder gar Absicht) nicht vorhanden ist, wozu jedoch zu bemerken daß dieser zweite Mangel bei gewissen Vergehungen nur dann ganz, auch von Culpa, entschuldigt, wenn er selber ein schuldloser ist.

Es scheint daß diese Unterscheidung des Dolus und der Culpa § 34.
zusammen von der Nichtschuld im ganzen leichter zu finden gewesen als die jener beiden von einander; die Zersplitterung ist hier nicht so groß und der Irrthümer sind weniger als dort.

Zunächst von den Erfolgen die nicht Folgen unserer Handlungen sind. Erfolge die in keiner Weise als Folgen von unseren Körperbewegungen betrachtet werden können, dürfen uns nicht zugerechnet werden. Das hat man stets erkannt. Nicht anders die Erfolge, die zwar Folgen unserer Körperbewegungen, aber nicht gewollter Körperbewegungen, also unserer Nichthandlungen sind. Hier ist es ein Zwang der die Bewegungen des menschlichen Körpers ohne Mitwirkung des Willens hervorruft, und dieser kann doppelter Art sein: Ausgehn von äusseren Einwirkungen, denen der einzelne nicht zu widerstehn vermag, X aus dem Fenster geworfen fällt auf den O und bricht diesem das Genick; oder von ebenso mächtigen krankhaften Affectionen des Körpers selber, Y hat in Krämpfen ihr eignes Kind erdrückt. Schon das Römische Recht erkennt an daß derartiger Zwang die Zurechnung ausschliesst (vgl. fr. 7 § 2, 11 pr. ad l. Aquil. 9, 2), noch bestimmter das Canonische Recht (c. 41 de R. J. in VIto 5, 12, C. 11 q. 3. c. 102) und wieder an die von den Römischen Quellen besprochenen Fälle anlehnend die Carolina (Art. 146). Der Satz wird denn auch von der modernen Doctrin ganz allgemein behauptet, und die neueren Deutschen Gesetzbücher enthalten entsprechende Bestimmungen.

Zwang dieser Art ist vis. Bei der vis pflegt man zu unterscheiden, nicht wie vorher geschehn je nach der Kraft von der sie ausgegangen, sondern nach innerer Beschaffenheit, vis absoluta und vis compulsiva d. h. Drohungen. Kann von diesen dasselbe gelten was wir so eben als die Wirkung des Zwangs erkannt haben? Man könnte nur durch den beliebten Sprachgebrauch zur

§ 31. Bejahung verleitet werden, sonst ist kein haltbarer Grund aufzufinden. So wenig wie den Willen kann die Drohung das Wissen aufheben. Trotz der Drohung also ist der Thatbestand des Verbrechens vollständig und es dürfte nur gefragt werden, ob die Drohung gleich andern zum vollen Verbrechensthatbestande hinzutretenden Momenten, wie Nothwehr Nothstand verbindlicher Befehl, die Strafbarkeit auszuschliessen vermöchte. Dies ist noch nicht von allen richtig erkannt worden.

Das Römische Recht weiss nichts davon daß Drohungen die Zurechnung ausschliessen. Daß c. 4 de his q. vi 2, 20, c. 13 de transact. 2, 4, fr. 7 § 1 q. met. c. 4, 2. für das Criminalrecht nichts beweisen erkennt Wächter an (Strafr. § 68), obgleich er für das heutige Recht, im Anschluss an Grolmann, Wirksamkeit der Drohung anzunehmen scheint. Auf Canonisches Recht und auf die Carolina mag auch niemand für die falsche Meinung sich berufen. Doch ist der Irrthum daß Drohung entschuldige kein neulich entstandener, für die Italienische Praxis bezeugt ihn Clarus (pract. crim. q. 60) für die Deutsche Carpzow (pract. nova p. I q. 18.). Beide Stellen sind interessant, sie bekunden ein gewisses Schwanken ob Drohung die Strafe ausschliesse oder nur mindere und zeigen daß die genannten Juristen für die Meinung der sie sich zuneigen, kein irgendwie stichhaltiges Argument aufzuführen wissen.

Von neueren Rechtslehrern leugnet seinen Principien treu Feuerbach die Zurechenbarkeit erdrohter Handlungen. Mehr Anklang hat die andere Deduction gefunden, derartige Drohungen führten einen Nothstand herbei und dieser schliesse die Strafbarkeit aus; so z. B. Mittermaier zu Feuerbach (Lehrb. § 91 Nr. I). Ohne Widerspruch ist auch diese Meinung nicht geblieben, Heffter (Lehrb. § 57 n. 3) hebt ausdrücklich hervor daß vis compulsiva der vis absoluta nicht gleichstehe obgleich er die Möglich-

keit eines nur gedrohten Nothstandes annimmt (§ 40). Temme § 34.
(Pr. Strafr. § 43) entwickelt richtig daß Drohung den Willen nie auszuschliessen vermöge, doch soll die Drohung die Zurechnung aufheben, weil die Selbsterhaltung zu den höchsten sittlichen Pflichten des Menschen gehöre. Entschiedener und durchgreifender als die ebengenannten bekämpft Köstlin (Strafr. § 61) die irrigen Meinungen. Hälschners (Syst. § 4) Auffassung steht der unsern so nahe wie dies bei der Verschiedenheit der Grundlagen auf die wir bauen möglich ist. Wider Feuerbach ist nicht zu polemisiren; mit seinen Grundanschauungen sind auch diese Consequenzen gefallen. In den Theorieen der übrigen Gegner aber ist ein richtiges Element enthalten. Vermag Nothstand ganz zu entschuldigen und kann durch Drohungen voller Nothstand bewirkt werden, so müssen auch diese Drohungen entschuldigen. Sie entschuldigen aber in solchem Falle nicht weil sie Drohungen sind, sondern weil sie eine Art des Nothbestands bilden; daher andere Drohungen gleiche Beachtung nicht verdienen und diese Drohungen nur als Species des Nothstandes anzuführen wären. Ob Nothstand entschuldigt und inwieweit andere Drohungen einen Strafmilderungsgrund abzugeben vermögen ist später zu prüfen.

Auf die Particulargesetze haben die falschen Ansichten von der Kraft der Drohungen erheblichen Einfluss geübt. Dem Bairischen Straf G. B. Art. 121 7, liegen offenbar Feuerbachs Gedanken zu Grunde: „Eine That ist straflos .... wenn die Person .... durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und unabwendbaren Gefahr für das Leben verbunden waren, zu einer sonst sträflichen Handlung genöthiget worden ist." Wörtlich übereinstimmend ist Oldenburg Art. 126. Aehnlich auch Hannover Art. 83, wonach jedoch die Gefahr nicht „unabwendbar" zu sein braucht, auch „Leibesgefahr" der „Lebensgefahr" gleichgestellt wird. Würtemberg Art. 101 nimmt das „nicht abzuwendende" wieder auf, geht aber

§ 34. insofern weiter als auch die Leibes- oder Lebensgefahr gewisser nächster Angehörigen so gut wie die eigenen entschuldigen sollen. Ganz wie Würtemberg der Bairische Entwurf Art. 62. Die Zahl der in Betracht kommenden Angehörigen dehnen noch weiter aus Hessen Art. 39, Braunschweig Art. 33 und 73, Baden § 82, 81; Thüringen Art. 64, endlich gestattet die Berücksichtigung der Gefahren für Leib oder Leben beliebiger Dritter, die mit dem Thäter in keiner besonderen Beziehung stehn.

Also: ein Arzt wird am frühen Morgen auf ein Gut gerufen, der Gutsherr heisst ihn einen gebundenen castriren einen anderen vergiften, der Arzt weigert sich, aber er wird nicht aus der Stube gelassen, jeder Hülferuf verhallt fruchtlos. Spielt das Stück in Würtemberg, so nehmen wir an mit dem Arzt sei dessen Sohn hinausgefahren auf das Gut, der Herr hält den Knaben und droht mit dem Scheermesser einen Ohrzipfel ihm abzuschneiden wenn der Vater die Befehle nicht ausführe. Der Knabe kann sich nicht losmachen, der Vater kann ihm nicht helfen, der Gutsherr setzt das Messer an, vielleicht ist schon ein Tropfen Bluts gefallen. In diesem Falle ist die von dem Arzte vorgenommene Castration oder Tödtung eine straflose Handlung nach Würtembergischen Recht. Nach Braunschweigischem Rechte ebenso auch wenn der mit dem Ohrzipfelabschneiden bedrohte Knabe nicht Sohn nur Mündel des Arztes wäre. Nach Thüringischem Recht könnte der Gutsherr auch sein eignes oder irgend ein Bauerkind bedrohen. Die Handlungen des Arztes wären gleichmäßig entschuldigt. Daß man diese und ähnliche Consequenzen bei Abfassung der Gesetze bedacht habe ist wol nicht anzunehmen, man schrieb ab was man bei andern fand.

Selbständiger und den allgemeinen Principien besser entsprechend wird die vorliegende Frage von den Gesetzbüchern der beiden großen Deutschen Staaten und von dem neuen Sächsischen

Strafgesetz entschieden. Dies letztgenannte Gesetz Art. 93 bestimmt: § 34.

„Zwang schliesst die strafrechtliche Zurechnung aus wenn er... in solchen Drohungen besteht wodurch der Bedrohte in den Zustand echter Noth versetzt wird".

Die Bestimmung ist Ausfluss der Anschauung daß „echte Noth", sonst meist Nothstand genannt, die Zurechnung ausschliessen und durch Drohungen bewirkt werden könne. Im Preussischen N. Str. G. B. lautet die entsprechende Satzung des § 40:

„Ein Verbrechen... ist nicht vorhanden, wenn.... die freie Willensbestimmung (des Thäters) durch Gewalt oder durch Drohung ausgeschlossen war".

Eine ähnlich gefasste Bestimmung war schon in dem Entwurf von 1847 als § 54 angenommen. Die Motive hiezu erklären ausdrücklich: „Gewalt und Drohungen bedürfen und verdienen keine andere Berücksichtigung als jedes andere die freie Willensbestimmung aufhebende Moment". Also nur wenn wirklich die Willensthätigkeit aufgehoben ist, entschuldigt die Drohung, d. h. nur in solchen Fällen wo durch die Art der Drohungen eine momentane Sinnenverwirrung des Thäters herbeigeführt wird, in der er einstweilen so unzurechnungsfähig ist wie überhaupt ein Mensch durch ausserordentlichen Schreck höchsten Affect und dergleichen werden kann. Noch einfacher ist das Oesterreichische Strafgesetz § 2, indem es nur „unwiderstehlichen Zwang" vis absoluta, physische Gewalt, als Grund der aufgehobenen Zurechnung bezeichnet. Freilich haben die Oesterreichischen Commentatoren (vgl. Herbst Handb. § 2 g.) die Entdeckung eines psychologischen unwiderstehlichen Zwangs (vis compulsiva absoluta?) gemacht, der anderorts wenig Anklang finden dürfte.

Bei den Erfolgen die zwar thatsächlich Folgen unserer Handlungen aber doch uns nicht zuzurechnen sind kommt vornehmlich

§ 34. der Irrthum in betracht. Wie der Zwang dem Wollen ebenso steht der Irrthum dem Wissen gegenüber. Das positive Element bei beiden gehört dem factischen Thatbestande des concreten Falles an, juristisch wesentlich ist nur dort das Nichtwollen der entscheidenden Bewegungen, hier das Nichtwissen, Nichtvoraussehn des fraglichen Erfolgs. Da aber dies Nichtwissen sehr selten rein, d. h. ohne das concurrirende positive Element falscher Annahmen ins Leben tritt, so ist es wol erklärlich daß man oft den Ausdruck Irrthum ähnlich dem Zwange als einen auch das einfache Nichtwissen umfassenden gebrauchen mochte, was übrigens zu manchem Versehen und Ueberschätzen des positiven Elements im Irrthum Veranlassung gegeben hat. Die Qualität des Irrthums (Nichtwissens), ob entschuldbar oder nicht, ist für die Frage nach dem Dasein des Dolus indifferent; wer nicht gesehen, hat nicht gesehn gleichviel warum, es fehlt also eine unentbehrliche Voraussetzung der vollen (Dolus-) Schuld. Nur wo Culpa und Nichtschuld einander berühren ist die Entschuldbarkeit des Irrthums als entscheidendes Moment zu prüfen. Was den Inhalt des Irrthums anlangt, so sind seine positiven Elemente ohne jegliche directe Bedeutung, nur das Nichtwissen ist entscheidend, und es muss dies ein Nichtwissen gerade des Erfolgs sein, jede andre Ignoranz wäre unwesentlich. Nur der Unterschied ist zu bemerken daß das Nichtwissen oder Nichtvoraussehn bald den Erfolg in seinem ganzen Umfange bald nur Theile oder einzelne Beziehungen desselben betreffen kann, wonach dieser ganz oder nur zum Theil in das Gebiet des Zufalls oder der Culpa fällt.

Das hier vorgetragene steht mit den Anschauungen die dem gemeinen Recht und der modernen Gesetzgebung zu Grunde liegen nicht im Widerspruch; nur daß man, theils weil man Handlung und Erfolg nicht scharf sonderte, theils weil der Rechtsirrthum zur unrechten Zeit mit in Frage gezogen und den positiven Elementen

des Irrthums wie den nichtwesentlichen Beziehungen des Nicht- § 34.
wissens eine ihnen nicht zukommende Bedeutung beigemessen wurde, nicht immer richtig erkannt hat, wie einfach die Lehre vom Irrthum als unmittelbarer Ausfluss der Zurechnungslehre sich gestaltet. Das Römische Recht enthält eine Menge von Stellen die der richtigen Auffassung entsprechen, beispielsweise:

fr. 9 pr. § 2 de j. et f. ignor. 22, 6,
c. 4 de incest. nupt. 5, 5,
fr. 11 § 4 de his q. notant. 3, 2,
fr. 3 § 21 de S. C. Silan. 29, 5,
fr. 9 de incendio 47, 9,
c. 9 ad l. Juliam de adult. 9, 9.

Aehnlich das Canonische Recht:

C. 15. q. 1. c. 1
C. 11. q. 3. c. 102 ...qui ex necessitate aut ignorantia agunt, auctoritate nostra per se absolvantur, si tamen ipsa eorum ignorantia vel necessitas vera et non simulata vel non ex voluntate processerit.

Zu vergleichen auch C.C.C. 146. Aber all diese Stellen reden doch auch nicht so bestimmt und klar, daß nur eine, die richtige Theorie aus ihnen herzuleiten gewesen wäre. Dies lehrt die Erfahrung. Aeltere Juristen knüpfen ihre Ausführungen meist an die Betrachtung einzelner Fälle, über deren Entscheidung sie sich nicht zu einigen vermögen; man sehe Carpzows q. 5 der Practica nova und die dort zahlreich allegirten, auch Böhmers hiehergehörige Observation: „quomodo debeat puniri qui volens occidere Titium ex errore occidit Sejum". Wir lieben heut zu Tage mehr systematische Darstellungen, aber auch für diese ist volle Uebereinstimmung noch nicht erzielt.

Da ich betreffs der vorliegenden Fragen zur modernen Doctrin nicht im principiellen Gegensatz stehe, andererseits diese Doctrin

§ 34. weder eine fest abgeschlossene noch stetig vorgeschrittene ist, so könnte die eingehende Darlegung ihres Entwicklungsganges unnütz erscheinen. Köstlin (Strafr. § 62 N. 1) spricht sehr richtig aus, was vor ihm auch schon andere gesehn:

> daß für alle verbrecherischen Handlungen die blos mit Absicht begangen werden können auch bei verschuldetem Irrthum in Thatumständen die Zurechnung hinwegfällt.

Wenn dagegen Hälschner (Syst. § 42) wieder urgirt,

> daß dieses Nichtwissen, der Irrthum, nicht ein schuldhafter war, d. h. daß er .... ein in dem concreten Falle unvermeidlicher Irrthum in den Thatumständen war,

und auch nachher wiederholt auf den „unvermeidlichen" Irrthum zurückkommt, so ist doch diese Divergenz nur scheinbar, Hälschners „unvermeidlicher Irrthum" ist nur eben ein solcher, den Thäter zu vermeiden nicht verpflichtet gewesen, und überdies gibt H. selber zu daß in gewissen Fällen die Vermeidlichkeit oder Unvermeidlichkeit des Irrthums gleichgültig erscheinen muss.

Betreffs des Objects des Irrthums will ich nur zwei Gegner bekämpfen, gerade weil ich übrigens mit ihnen in manchen Punkten zusammenzutreffen mich freue. Heffter (Lehrb. 6. Aufl. § 57) unterscheidet drei Klassen des Irrthums dem Gegenstande nach:

> wenn a) das irrthümlich Angenommene bei vorausgesetzter Wahrheit die Handlung gerechtfertigt haben würde; b) die an sich gesetzliche That nur vermöge einer Teuschung des Handelnden eine objectiv rechtswidrige Richtung nahm; c) während eines an sich erlaubten Handelns ein selbst bei gehöriger Sorgfalt nicht vorauszusehender Erfolg (casus) eintrat.

Diese Dreitheilung lässt sich nicht behaupten, da genau betrachtet alle zu a) und zu b) gehörigen Fälle auch bei c) Unterkommen

finden, und sich nur dadurch auszeichnen, daß zu dem wesentlichen § 34.
Nichtwissen eine unwesentliche falsche Annahme hinzutritt. Bei a) und bei b) sind falsche Annahmen Veranlassung des Nichtsehens der entscheidenden Erfolge, aber diese falschen Annahmen wären bedeutungslos wenn sie nicht gerade das Nichtsehen bewirkten, und wieder wäre das Nichtsehen auch ohne die falschen Annahmen genügend die Zurechnung auszuschliessen. Der Jäger, die nöthige Achtsamkeit vorausgesetzt, glaubt ein Wild zu sehn, und schiesst den im Busch versteckten Landstreicher. Er hat geirrt, die braune Jacke in der Dämmerung für das Fell des Thieres angesehn. Der Fall gehört zu a) und wie alle der Art auch zu c); den Erfolg der Tödtung eines Menschen hatte der Jäger nicht vorgesehn, der Erfolg ist ihm ein zufälliger. Die Straflosigkeit folgt eben aus dem Nichtvorsehn, nicht aus der Teuschung. Hätte der Jäger im Busch nichts gesehn, nur um das Gewehr zu entladen geschossen, er wäre ebenso straflos. Ein Fall der bei b) unterzubringen wäre: auf der Schiessstatt schiesst X mit einer Büchse deren Visir verstellt ist, daher während er richtig gezielt hat die Kugel zwanzig Schritt vom Ziel einen Zuschauer trifft. Der Schiessende konnte diesen Erfolg nicht vorhersehn, der Büchsenmacher hatte ihm das Gewehr als ganz zuverlässig empfohlen, der Erfolg muss also wieder als zufälliger gelten, und der Fall kann wie der vorige auch als zu c) gehörig angenommen werden. Auch hier ist nur das Nichtwissen des Erfolgs wesentlich. Gleichviel was die Veranlassung gewesen daß des X Kugel den Zuschauer erreicht hat, hat X diesen Erfolg bei der nöthigen Sorgfalt nicht vorhergesehn, so ist er straflos, und hätte X den Erfolg vorhergesehn, so wäre er übrigens geteuscht oder nicht geteuscht strafbar.

Hälschner (Syst. § 42 Anmerk.) sagt:

Soll vom Irrthum speciell als einem Aufhebungsgrunde der Zurechnung die Rede sein, dann ist die nothwendige Voraus-

§ 34. setzung die, daß der Erfolg in seiner thatsächlichen Gestaltung gewollt und beabsichtigt war, und daß sich der Irrthum nur auf factische Voraussetzungen bezog vermöge deren der beabsichtigte Erfolg erst seine strafrechtliche Qualification erhält, so daß der Handelnde entweder den eingetretenen und beabsichtigten Erfolg irrthümlich für einen erlaubten ansah, oder bei Ausführung der als strafbar gekannten und beabsichtigten Handlung die factischen Voraussetzungen nicht kannte, aus denen sich ein erhöhtes Maß der Schuld ergibt. Wenn dagegen vermöge unvermeidlichen Irrthums ein überhaupt nicht beabsichtigter Erfolg eintrat dann fehlt die Vermittlung desselben nicht blos mit dem Wissen sondern auch mit dem Wollen und nicht der Irrthum, sondern im Unterschiede von ihm der Zufall im engern Sinne ist es der die Zurechnung ausschliesst.

Also „Irrthum" wo „jemand bei seiner Handlung einen Thatumstand nicht kannte durch dessen Dasein die Strafbarkeit der Handlung bedingt ist" oder „erhöht wird" (Bair. Entw. Art. 59), wo hingegen der Erfolg selber nicht gesehn ist „Zufall im engern Sinne". Auch diese Unterscheidung dürfte man besser fallen lassen, denn hat der Handelnde die maßgebenden Thatumstände nicht gekannt so hat er auch den eigentlich verbrecherischen Erfolg nicht gesehn, und dieser muss ihm gegenüber als Zufall gelten so gut wie im andern Falle. Incest und Bigamie sind solche Vergehungen deren Strafbarkeit durch gewisse Thatumstände bedingt ist, wer in gerechtem Irrthum Nichtverwandschaft oder Aufhebung der ersten Ehe annimmt wäre nach Hälschner durch eben diesen „Irrthum" entschuldigt. Zugleich aber ist der eingetretene verbrecherische Erfolg für ihn ein „zufälliger", denn der Erfolg bei dem Incest besteht nicht im Beischlaf überhaupt sondern im Beischlaf mit den nächsten Verwandten, bei der Bigamie nicht in der Wiederverehlichung

überhaupt sondern in der Wiederverehlichung des noch in der Ehe § 31.
stehenden und diese Erfolge hat Thäter nicht gesehn, es fehlt auch hier an „der Vermittlung dieser Erfolge mit dem Wissen und mit dem Wollen", was nach H. gerade den Zufall charakterisirt. Hs. Versehen besteht darin daß er annimmt man könne einen verbrecherischen Erfolg vorhersehn und zugleich die thatsächlichen Verhältnisse und Beziehungen die ihn eben zum verbrecherischen Erfolge machen übersehn. Aber wer diese Verhältnisse und Beziehungen nicht kennt, sieht auch den verbrecherischen Erfolg als solchen nicht vorher und gerade auf dieser Voraussicht beruht die Schuld. Der Unterschied von „Zufall" und „Irrthum" reducirt sich darauf, daß bei jenem weitere Erfolge eines noch vorhergesehenen Erfolgs, bei diesem gewisse Beziehungen des vorhergesehenen Erfolgs nicht im voraus erkannt sind, während bei jenem eben die weiteren nicht gesehenen Folgen das Verbrechen vollenden, bei diesem der gesehene Erfolg selber aber nur der nicht gesehenen Beziehungen wegen. In beiden Fällen derselbe wesentliche Mangel des innern Thatbestands, der gesehene Erfolg ist als staatswidriger nicht erkannt; in beiden Fällen also hat der Thäter nicht im Bewusstsein staatswidrige Erfolge zu bewirken gehandelt. Dem unwesentlichen Unterschiede der hier vorliegt durch den Gebrauch zweier verschiedenen Bezeichnungen den Schein eines wesentlichen zu geben, kann leicht mehr schaden als nützen.

Umfassende Vorschriften über die Behandlung des Irrthums und der Unwissenheit finden sich in den neuen Gesetzen meist nicht. Das Bair. Str. G. B. bestimmt im Art. 121, 6, daß eine That straflos

> „wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat".

Daß diese Vorschrift gut gefasst sei, ist nicht zu behaupten. „Un-

§ 34. überwindliche schuldlose Unwissenheit"? gibt es vielleicht auch eine „unüberwindliche schuldvolle Unwissenheit"? „erlaubt und unsträflich", vielleicht ein Gegensatz zum „erlaubten strafbaren"? Doch lässt sich der Wille des Gesetzgebers entdecken. Was zunächst die Beschaffenheit der Unwissenheit anlangt, so sieht man aus der Vergleichung mit Art. 72 daß der Ausdruck „unüberwindlich" ganz fehlen könnte, nur ob Unwissenheit schuldlos oder nicht, ist wesentlich. Die Unüberwindlichkeit kommt in betracht weil sie stets auch Schuldlosigkeit der Unwissenheit involvirt, übrigens soll die schuldlose überwindliche Unwissenheit nicht anders wirken als die schuldlose unüberwindliche. Die schuldvolle Unwissenheit soll die Zurechnung nie ganz ausschliessen, nur die mildere Behandlung der Fahrlässigkeit den strengeren Strafen des Vorsatzes substituiren. Es steht dies mit unsern Anschauungen im Widerspruch, und hängt auf das innigste zusammen mit der vom Bairischen Gesetz ganz allgemein, nicht blos bei gewissen Verbrechen, angenommenen Strafbarkeit der Fahrlässigkeit. Weiter ist zu prüfen was nach dem Bairischen Gesetz Gegenstand wirksamer Unwissenheit sein müsse. „Die Person" soll „ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten haben". Grund hievon kann einmal sein die Rechtsunkenntnis die wir hier unbeachtet lassen; ferner Unwissenheit die Handlung selber anlangend, und zwar, da jede Handlung nur durch ihre Erfolge strafbar wird, Unkenntnis des Erfolgs, den hier das Bairische Gesetz wie sonst auch andere unter den Ausdruck „Handlung" mitbegreift. Hiemit stimmt überein die Aufstellung einer Praesumption im Art. 44, wonach bei beabsichtigter Handlung, aus der nach der Erfahrung „ein bestimmter gesetzwidriger Erfolg unmittelbar und nothwendig (?) zu entstehen pflegt" (!) anzunehmen ist, daß auch dieser Erfolg beabsichtigt gewesen. Trotz der unklaren Fassung ist soviel zweifellos, daß der Gesetzgeber den nicht vorgesehenen und nicht als vorgesehen zu präsumirenden Erfolg

nicht zugerechnet wissen wollte. In specieller Anwendung findet § 34.
dieser Satz sich auch im Art. 42 wieder:

„Hat ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrthum oder Unwissenheit über gewisse Thatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt welche deren Strafbarkeit vermehrt, sonach ein schwereres Verbrechen begangen als er begehn wollte, so ist ihm die That nur in soweit zum rechtswidrigen Vorsatz anzurechnen als sie in seiner Absicht gegründet war".

Auch hier lassen sich an die Fassung zumal an die „Eigenschaft der Handlung" mannigfache Bedenken anknüpfen, wieder aber ist klar daß nur der vorgesehene Erfolg dem Vorsatze zugerechnet werden darf. Ebenso ergibt sich aus Art. 68 verglichen mit Art. 64, daß wenn ein gesetzwidriger Erfolg trotz der „gehörigen Aufmerksamkeit" nicht vorgesehn ist, alle Strafbarkeit wegfällt.

Im wesentlichen also stimmt das Bairische Strafgesetz, abgesehn von der zu weiten Ausdehnung der strafbaren Fahrlässigkeit, auch mit unserer Auffassung überein. Dem Bairischen Recht schliesst bei diesen Materien das Oldenburger Gesetz sich wörtlich an, Oldenburg Art. 126 6, ist gleich Baiern Art. 121 6, ebenso entsprechen Oldenburg Art. 66, 62, 58, 57, 55 den Bair. Art. 72, 68, 64, 44, 42.

Kürzer thut das Württembergische Strafgesetzbuch den „Irrthum über Thatsachen" im Art. 100 ab, wobei zunächst zu bemerken ist daß wenn dies Gesetz auf das unentbehrliche sich beschränken wollte, auch Art. 100 ausfallen durfte. Denn strafbar ist nach Art. 54 nur wer den Vorschriften des Gesetzes aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit zuwiderhandelt, nach Art. 59 aber ist Fahrlässigkeit nicht anzunehmen wenn der Thäter den betreffenden Erfolg nicht vorgesehn hat, auch bei der von ihm zu erfordernden Aufmerksamkeit vorzusehn nicht im Stande gewesen. Die aus diesen Bestim-

§ 34. mungen abzuleitende Behandlung der Unwissenheit sollte aber in Beziehung auf gewisse Anwendungen ausdrücklich anerkannt werden. So enthält denn Art. 100 zwei Vorschriften:

„Wer eine an sich erlaubte Handlung zu begehn glaubt, während seine Handlung wegen ihm unbekannter Thatumstände strafbar ist, dem kann dieselbe zum Vorsatze nicht zugerechnet werden.

Wer eine strafbare Handlung unternimmt, deren Strafbarkeit durch gewisse ihm unbekannte Thatverhältnisse vermehrt wird, dem ist solche That nur so weit zum Vorsatz zuzurechnen als sie nach den ihm bekannten Thatverhältnissen, in seiner Absicht gegründet war".

Der zweite Abschnitt gibt nichts als eine etwas bessere Fassung des im Bair. Art. 42 enthaltenen Satzes. Daneben noch Art. 60 des Württembergischen Gesetzes:

Hatte jemand einen minder strafbaren als den eingetretenen Erfolg der Handlung beabsichtigt, so ist ihm die That soweit sie in seiner Absicht lag zum rechtswidrigen Vorsatze hinsichtlich des Erfolgs aber sofern die Voraussetzungen des Art. 58 zutreffen zur Fahrlässigkeit anzurechnen.

Fehlt es an diesen Voraussetzungen so liegt ein nicht zuzurechnender Zufall vor. In den beiden Vorschriften spiegelt sich also der von der Doctrin angenommene, von uns in der Fassung die Hälschner ihm gegeben besprochene Unterschied von „Irrthum" und „Zufall".

Die Satzungen der meisten andern neuern Gesetze entsprechen den eben betrachteten Württembergischen; so folgen dem citirten Art. 100, Hessen 42, 43, Braunschw. 32, Baden 72, Thür. 63, Sachsen 95. Hannover 45 ausdrücklich nur zum einen Theil, ohne übrigens zum andern eine Abweichung zu beabsichtigen. Auch das Preussische Gesetz § 44 weicht wol nur in der Fassung ab:

den „Thatumständen" werden „Eigenschaften in der Person des Thäters" „desjenigen auf welchen sich die That bezog" und „besondere Umstände unter welchen die That begangen wurde" substituirt. Ueberdies redet das Preussische Recht nicht blos wie die meisten andern von „entschuldbarer" Unkenntnis. Mit dem Würtembergischen Art. 60 kommen überein Hessen 61, Braunschweig 28, Baden 103, Thüringen 30, Sachsen 49. Sehr erheblich ist die Verschiedenheit der Fassung des Oesterreichischen Strafgesetzes die gleichwol nicht zu wesentlich verschiedenen Resultaten führen dürfte: § 34.

Daher wird die Handlung oder Unterlassung als Verbrechen nicht zugerechnet:

e) wenn ein solcher Irrthum mitunterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ;

f) wenn das Uebel aus Zufall, Nachlässigkeit, oder Unwissenheit der Folgen der Handlung entstanden ist.

Zu erwähnen ist noch daß einige Gesetze ausdrücklich hervorheben, daß wenn irrthümlich der Thäter sich gegen eine andre Person oder eine andere Sache gerichtet, als die gegen welche seine Absicht gegangen, dies den Vorsatz nicht ausschliesse: Braunschweig 28, Hessen 62, Baden 100, Thüringen 29, ähnlich Oesterreich 134. Wider diese Satzungen ist nur das Eine zu erinnern daß einige so weit gefasst sind, daß sie nach dem Wortlaut die Aberration dem hier in Rede stehenden Irrthum gleichzuordnen scheinen; übrigens sind dieselben schon im vorigen Paragraphen besprochen worden.

§ 35.

Rechtsunwissenheit.

§ 35. Ob Rechtskenntnis ein unentbehrliches Element der strafbaren Schuld ist? Die Antworten welche die moderne Literatur und Gesetzgebung ertheilt, sind schon an verschiedenen Stellen beiläufig berührt worden. Die Frage ist aber zu wichtig als daß wir dadurch der übersichtlichen Zusammenstellung jener Antworten uns überhoben glauben dürften.

Das Römische Recht schneidet die Antwort ab, wenigstens ist die Entscheidung die es gibt ersichtlich keine aus innern Gründen hergeleitete, sondern in Anbetracht dessen was nützlich und dem Richter bequem ist von der gesetzgeberischen Omnipotenz geordnet:

> Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius: Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus. (c. 12 de jur. et f. ign. 1, 18.)

So bestimmt die Kaiser reden, sind durch ihre Worte doch nicht die Ausnahmen ausgeschlossen, die auch gegen die Regel des Paulus gelten: regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere (fr. 9 pr. eod. 22, 6). Es gibt Fälle, die freilich stets nur als Ausnahmsfälle zu betrachten sind, wo die juris ignorantia verziehen wird, non nocet, soweit daß sie von der Strafe befreit.

Diese Ausnahmen können begründet werden zunächst durch die persönliche Beschaffenheit des Thäters. Bei Frauen und Minderjährigen, den ihres Lebensberufs wegen ganz Ungebildeten (rustici) und Soldaten wird auch in Strafsachen Rechtsirrthum berücksichtigt (die Belegstellen bei Rein Crimr. S. 214 f.), aber nicht durchgängig; nur in einzelnen Fällen, wo bei allen andern

die Regel durchgreifen würde, kann ihnen der Unkenntnis des § 35.
Rechts wegen Verzeihung werden.

Sodann soll auf die Natur des Verbrechens gesehn werden. Feuerbach, und nach ihm andre, unterscheiden Delicte die naturali ratione und solche die jure civili strafbar sind; bei den letzteren soll die Rechtsunkenntnis „wenigstens" den ebengedachten Personalklassen zu gute kommen (Feuerbachs Lehrb. § 86 N. 1). Auch Savigny (System III Beil. 8 § XX) ist dieser Unterscheidung von delicta juris gentium und del. juris civilis beigetreten. Dagegen hat Luden (Handb. § 17) schon ausgesprochen, daß

> die Römischen Juristen gar nicht sagen daß in ihrem Rechte zwischen den Verbrechen der einen und der andern Klasse unterschieden werde, sondern nur eine Art von naturrechtlicher oder philosophischer Bemerkung über die Verwerflichkeit der verschiedenen strafbaren Handlungen machen wollen.

Eingehender hat Berner (Wirkungskr. S. 26 f.) die Feuerbach-Savignysche Classificirung bekämpft. Man wird ihm darin beitreten müssen, daß der nur im fr. 38 § 2 ad l. Jul. de adult. (48, 5) erwähnte Gegensatz eines incestus juris gentium und juris civilis, uns nicht zur Annahme einer analogen Abtheilung aller Verbrechen bei den Römern berechtigt. Nur das bleibt bestehn, daß die Römer bei einzelnen unter einen gemeinsamen Begriff kaum zusammenzufassenden Verbrechen geneigter waren den Rechtsirrthum zu beachten als bei den übrigen. Fraglich dann noch, ob auch hier die Rechtsunkenntnis nur für die Frauen Minderjährigen Rustici und Soldaten Bedeutung haben konnte oder auch für andre. Da die Rustici eine schwer abzuschliessende Personenklasse bilden, überdies ein paar Male allgemein gesagt wird: non tenebitur si forte per *imperitiam vel rusticitatem* ignarus [deliquit] (fr. 3 § 22 ad S. C. Sil. 29, 5; cf. fr. 7 § 4 de

§ 35. jurisd. 2, 1), so dürfte zu behaupten sein daß freilich seltenes Falles auch Personen, die man übrigens doch nicht den rustici zuzählen möchte, bei einzelnen Vergehungen in der Rechtsunwissenheit Entschuldigung finden konnten. Dafür spricht auch daß Kaiser Claudius nicht überflüssig achtete ausdrücklich zu sagen daß in einem bestimmten Falle die Berufung auf Rechtsirrthum erfolglos bleiben solle, „ne vel iis venia detur qui se ignorasse edicti severitatem praetendant". (fr. 15 pr. ad l. Corn. de fals. 48, 10.)

Auch der Satz daß Rechtsunwissenheit entschuldige wo Rechtsbelehrung unmöglich (fr. 9 § 3 de j. et f. ign. 22, 6; dazu Savigny Syst. III S. 334), ist wol nicht auf das Civilrecht zu beschränken. Aber auch auf dem Gebiet des Strafrechts müssen Ausnahmsfälle der Art selten sein; „quod raro accipiendum est." Daß diese und die vorhergehenden Ausnahmen durch nov. 66. c. 1 beseitigt worden seien, ist sicher nicht anzunehmen da der Kaiser seine Verordnung ausdrücklich einschränkt:

> θεσπίζομεν ἐξ ἐκείνου τὰς ἡμετέρας διατάξεις τὰς ὑπὲρ διαθηκῶν κρατεῖν;

wol aber ist diese Novelle als Analogie dafür zu benutzen, daß wenigstens in der allerersten Zeit nach Publication neues ordnender Gesetze die Rechtsunwissenheit, die auf der Unmöglichkeit das neue Gesetz zu kennen beruht, Beachtung finden konnte.

Die übrigen Quellen des gemeinen Deutschen Rechts enthalten kaum anführungswerthes. Ebenso ist die ältere gemeinrechtliche Literatur sehr dürftig. Boehmer Medit. in Carol. ad art. 179 § 12:

> juris ignorantia vel versatur circa quaestionem *an* factum in reatum incidat, vel *quae poena* immineat,
> prior contra delicta legibus *communibus* comprehensa vix allegari potest . . . . facilius ejus ratio habetur

circa delicta solis legibus *positivis particularibus* deter- § 35.
minata,

superest *poenae* ignorantia, quae non omnimodo negligenda sed eo certius calculum meretur, quo magis expeditum est omnes poenas juris positivi esse.

In unserem Jahrhundert ist die Frage nach der Bedeutung der Rechtsunwissenheit viel und sorgfältig behandelt worden; doch ist die Doctrin noch sehr zerfahren. Nicht wenig Schriftsteller leiten die Antwort her aus criminalistischen Grundprincipien; andere so besonders Wächter Lehrbuch I N. 43 suchen sich lediglich an die Quellen zu halten und verbleiben also bei den Satzungen des Römischen Rechts, wie sie dieselben auffassen; bei wieder andern gibt die Erwägung des Nützlichen den Ausschlag, die sich nicht treffender formuliren lässt als in den Sätzen:

wenn Unkenntnis des Gesetzes für die Uebertretung der Gebote eine ausreichende Entschuldigung wäre, würde man sich nicht blos immer darauf berufen, sondern jeder sich auch scheuen eine Kenntnis zu erwerben welche so gefährliche Folgen mit sich brächte.

Jene die die Lehre vom Rechtsirrthum aus den ersten Grundsätzen entwickeln, kommen wieder zu gar verschiedenen Resultaten. Bald soll das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein Element des dolus sein, Rechtsunwissenheit also überall entschuldigen; bald soll dieselbe bei der Zurechnung gar nicht in Betracht kommen; eine dritte sehr verbreitete Ansicht unterscheidet nach der Natur der Verbrechen. Die Vielspältigkeit wird noch gemehrt durch die Unklarheit einzelner, die die Fragen, ob und welche Rechtsunwissenheit zu verzeihen sei, und welchen Einfluss die entschuldbare oder nicht entschuldbare Rechtsunwissenheit auf die Beurtheilung der begangenen That übe, nicht zu sondern wissen.

Feuerbach gehört anfänglich zu denen, welche die Entschei-

§ 35. dung aus principiellen Gründen entnehmen (Revis. II 42 f.). Noch in der dritten Ausgabe des Lehrbuchs treten diese klar und entscheidend hervor:

§ 84... Das Strafgesetz ist gegeben zur Abschreckung, für den Fall wo es unmöglich und undenkbar ist daß es diesen Zweck erreiche kann also auch das Strafgesetz nicht gegeben sein.

§ 85. Das Strafgesetz soll durch die Vorstellung des künftigen Uebels auf das Begehrungsvermögen wirken und dieses abhalten die That zu wollen. Die Gründe der Imputativität sind also

1) das Bewusstsein der Strafbarkeit der Handlung, welches

a) die Vorstellung des Strafgesetzes selbst in dem Momente der Willensbestimmung und

b) die richtige Subsumption der Handlung unter das Gesetz voraussetzt.

Dem entsprechend wird dann noch im § 88 „unverschuldeter Irrthum oder Unwissenheit in Rücksicht auf das Dasein des Strafgesetzes überhaupt oder der Subsumption der That unter dasselbe" unter den „einzelnen Zuständen welche die Imputativität ausschliessen" aufgeführt. Inconsequent dabei ist nur, wie auch schon Wächter (Lehrb. I N. 143) gerügt hat, daß F. bei allgemeiner Rechtskenntnis aber Nichtkenntnis der Art und Größe der gedrohten Strafe nicht auch den Rechtsirrthum als Entschuldigungsgrund annimmt. — Später nach Beginn der gesetzgeberischen Thätigkeit, dringen bei F. die praktischen Rücksichten durch, und führen ihn auch hier zu einer der willkürlichen Praesumptionen, die die Consequenzen seines Systems abbrechen ohne doch den Bedürfnissen des Rechtslebens genüge thun zu können.

In den letzten Ausgaben des Lehrbuchs beginnt § 86:

Von jeder mit Verstand begabten Person wird im allgemeinen § 35.
als rechtlich gewis angenommen, daß sie mit den Strafgesetzen bekannt sei.

Als Belegstellen dafür: fr. 9 pr. de j. et f. ign., und c. 12 eod. Da beide Stellen die Praesumption als solche nicht anerkennen, so ist es wol zweifellos daß für F. weniger die erwachte größere Quellentreue als die Aussicht auf die der Praxis höchst unbequemen Resultate, wenn jeder Verbrecher sich mit Rechtsunkenntnis zu entschuldigen unternehmen dürfte, maßgebend gewesen ist.

Definitionen des dolus, wonach zum Wesen desselben eine gewisse Rechtskenntnis erfordert wird geben auch v. Weber und Bauer (s. oben § 28 S. 407 und S. 417); ähnlich Abegg (Lehrb. § 83):

dolus ist der Entschluss zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolgs.

Weniger praecis Mittermaier (zu Feuerbach § 54 I):

mit dem Bewusstsein der die Strafbarkeit der Handlung begründenden Merkmale.

In der Gegenwart aber dürfte die andre Theorie, die je nach den Verbrechen unterscheidet, und nur bei einer Klasse derselben das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in den dolus zieht, kaum weniger Anhänger zählen. Die Unterscheidung auf welcher diese Theorie beruht: daß die Verbrechen theils von vornherein strafbar, theils erst durch das Gesetz strafbar gemacht seien. Diese Annahme ist es auch, die der in das Römische Recht getragenen durchgreifenden Unterscheidung von del. juris gentium und d. j. civilis so viele Freunde erworben hat. Nicht immer tritt sie bei den einzelnen völlig gleichmäßig und scharf hervor. Hefftер (Lehrb. 6. Aufl. § 56) unterscheidet:

a) Verbrechen welche theils schon nach natürlichen Vorstel-

§ 35. lungen theils nach herrschenden Volksansichten für unerlaubte und strafwürdige Handlungen gehalten werden.

b) Verbrechen die sich auf rein positive mit besonderen Staats- und Regierungsinteressen zusammenhängende Anordnungen beziehn;

bei jenen sei „nicht wol anzunehmen daß einem auch nur mit gewöhnlichen Fähigkeiten ausgestatteten Menschen das rechtlich unerlaubte solcher Handlungen ein Geheimnis geblieben sein werde“, bei diesen sei „wenigstens immer die leichteste Belehrung möglich, folglich das Nichtwissen ein verschuldetes“. Daher sollen

zu a) nur besondere Lebensumstände, z. B. bisherige Abschliessung von der menschlichen Gesellschaft oder eine völlig fremde Nationalbildung den Einwand einer vollkommen entschuldigenden Rechtsunkenntnis begründen —

zu b) würde nur dann bei erwiesener Rechtsunkenntnis in jeder Beziehung Zurechnungslosigkeit eintreten wenn das übertretene Strafgesetz ausdrücklich blos die wissentliche Uebertretung gestraft haben will oder solche voraussetzt.

Innerlich verwandt dieser Auffassung ist die Darlegung Köstlins, Syst. § 113:

Da der Begriff des Verbrechens im e. S. wesentlich auf dem Rechtsbegriff, nicht erst auf dem strafdrohenden Gesetz beruht, welches nur das auf der bestimmten Culturstufe einer bestimmten Nationalität für strafwürdig allgemein anerkannte wirklich als strafbar ausspricht, so kann sich für ein begangenes Verbrechen niemand dadurch der Verantwortlichkeit entziehen daß er behauptet, er habe — wenn auch die Rechtswidrigkeit, doch — die Strafbarkeit der Handlung nicht gekannt, oder gar nur um die Art oder Größe der Strafe nicht gewusst. Aber auch mit der Unkenntnis der Rechtswidrigkeit kann sich kein Zurechnungsfähiger schützen,

es sei denn daß er einer ganz fremden Nationalität angehöre, § 35.
der man vermöge ihrer Bildungsstufe nur ein sehr mangelhaftes Rechtsbewusstsein zutrauen könnte.

Bei bloßen Polizeivergehn scheint nun zwar aus demselben Grunde das umgekehrte gelten zu müssen, da diese Delicte eben erst durch die positive Satzung ihre Existenz erhalten. Gleichwol ist auch bei diesen derselbe Satz als Regel festzuhalten, weil durch die Publication des Gesetzes jedem die Möglichkeit und Aufforderung zur Kenntnisnahme gegeben ist und der Staat die Geltung seiner Gesetze nicht von dem guten Willen der einzelnen, ob sie Kenntnis nehmen wollen oder nicht, abhängig machen kann. Indessen wird die Regel hier weit mehr Ausnahmen leiden müssen.

In diese Klasse gehört auch Berner, nur daß bei ihm die theoretischen Consequenzen noch mehr hinter die Rücksicht auf das Nützliche zurücktreten. Lehrbuch § 125:

> Die Strafbarkeit crimineller Handlungen ist jedem zurechnungsfähigen Menschen klar, selbst ohne Kenntnis des Gesetzes.
>
> Auch die Strafbarkeit bloßer Polizeiübertretungen kann gewöhnlich ohne Kenntnis des Gesetzes eingesehn werden; ohnehin sorgt die Behörde für die Möglichkeit der Kenntnis des Gesetzes, und es fordert gerade das Interesse der polizeilichen Ordnung gebieterisch daß sich derselben niemand durch den Einwand der Gesetzesunkenntnis entziehn könne.

Dazu aus Berners Wirkungskreis § 5, daß er die Ausnahme der fremden Nationalitäten, bei denen auch ein auf Verbrechen bezüglicher Rechtsirrthum verzeihlich, darum nicht berührt, weil „wir unsere Gesetze nicht auf die Buschmänner und Hottentotten, nicht auf die unter den Bären des Waldes aufgewachsenen

§ 35. Wilden zu berechnen haben". Für die Nichtberücksichtigung der Rechtsunwissenheit bei polizeilichen Uebertretungen aber zwei Gründe:

Das abgekürzte Verfahren für Uebertretungen könnte dadurch oft sehr in die Länge gezogen werden;

noch entscheidender sei:

Man schliesst bei bloßen Uebertretungen wenigstens bei den rein polizeilichen die Unterscheidung von Dolus und Culpa ganz aus und sieht im Wesentlichen nur auf den Erfolg. Was liegt darin? Offenbar dies: daß hier die subjectiven Schuldunterschiede gegen das Interesse der öffentlichen Ordnung zurücktreten müssen.

Näher an Köstlin schliesst sich Hälschner System § 13:

Ist das Verbrechen eine rechtswidrige Handlung welche durch das Gesetz nicht erst zur verbrecherischen gemacht, sondern nur positiv als solche anerkannt wird, so genügt für den zurechnungsfähigen Menschen das Leben in der sittlichen Gemeinschaft des Volks vollkommen um ihm eine Kenntnis der als verbrecherisch und strafbar zu betrachtenden Handlungen zu gewähren, und nur in dem Falle daß der Handelnde obwol zurechnungsfähig bisher nicht in solcher Gemeinschaft gelebt hat, könnte die Annahme einer entschuldbaren Rechtsunwissenheit gerechtfertigt erscheinen.

Aus dem angeführten Grunde würde aber weiter folgen daß bei allen Handlungen, bei denen der Grund der Strafbarkeit lediglich in der gesetzlichen Bestimmung, nicht in der innern Rechtswidrigkeit liegt (polizeiliches Unrecht), im einzelnen Falle die Bestrafung von der erwiesenen wirklichen Kenntnis des Gesetzes bedingt werden müsste.... Wenn auch in solchem Falle eine Berufung auf Rechtsunwissenheit nicht zulässig ist, so hat dies seinen Grund darin, daß es bei

diesen gesetzlichen Bestimmungen darauf ankommt die Inter- § 35.
essen des Staats und der Gesellschaft gegen die an sich nicht rechtswidrige Willkür Nachlässigkeit und Sorglosigkeit der einzelnen zu schützen, und daß dieser Zweck vereitelt werden würde, falls die Unachtsamkeit auf die bestehende gesetzliche Bestimmung selbst, einen genügenden Entschuldigungsgrund der ungesetzlichen Handlung bilden sollte.

Die allgemeine Wirkungslosigkeit des Rechtsirrthums, die von Berner und Hälschner nur aus Nützlichkeitsrücksichten vertheidigt wird, tritt bei Luden als principielle Consequenz selber auf, Handbuch § 35:

> [Dolus ist] die Vorstellung man werde durch seine Handlung die verbotene Handlung mit Bestimmtheit hervorbringen, [sie] muss darin bestehn daß man sich bestimmten factischen Verhältnissen gegenüber in einer solchen Weise handelnd oder unterlassend verhalte, daß daraus die bestimmte Einwirkung auf die Aussenwelt hervorgehn muss, die nach dem Willen des Verbots nicht hervorgebracht werden soll . . . Zum dolus ist nicht erforderlich daß sich die Vorstellung des Handelnden auch auf das Verbotensein der gewollten Handlung beziehe. Denn der Wille, die in dem Verbote gemeinte Handlung hervorzubringen, ist in gleicher Weise vorhanden, mag der Handelnde die Handlung für verboten oder für erlaubt halten, sowie er nur auf eine in Wirklichkeit verbotene Handlung gerichtet ist.

Dazu aus Note 5, daß wenn nach Ansicht der meisten nur „der unverschuldete und unüberwindliche Rechtsirrthum“ Beachtung finden solle, damit zugegeben sei, daß „der überwindliche und verschuldete Rechtsirrthum, der doch auf jeden Fall Rechtsirrthum ist, den dolus nicht ausschliesse“.

§ 35. Zum entgegengesetzten Resultat kommt Temme Preuss. Strafr. § 40:

Der Irrthum ist ein Aufhebungsgrund der Zurechnung insofern als der Handelnde entweder durch eine unrichtige Vorstellung von der Materie oder durch unrichtige Schlussfolgerung aus richtigen Vorstellungen zu dem falschen Urtheil gelangte, daß durch seine Handlung das Strafgesetz nicht verletzt werde. Insoweit hebt der Irrthum aber auch allgemein ohne alle Einschränkung die Zurechnung auf, gleichviel auf welche Thatsachen und Umstände er sich bezieht und in welchen falschen Vorstellungen oder in welcher falschen Schlussfolgerung er seinen Grund hat.... Immer kann der Irrthum, wenn er die Zurechnung aufheben soll sich nur auf die Strafbarkeit der Handlung beziehn. Er trifft aber nur den verbrecherischen Willen: der Handelnde übertrat das Strafgesetz, aber er wollte es nicht übertreten..... Folgt daß es falsch ist wenn in Beziehung auf die Aufhebung der Zurechnung zwischen dem Irrthum in Thatsachen und dem Rechtsirrthum unterschieden wird, und der letztere entweder gar nicht oder nur in einzelnen seltenen Fällen als ein Grund der Aufhebung der Zurechnung gelten soll..... Im Civilrecht mögen um der Sicherheit des formellen Rechts willen manche Gründe für die Aufstellung eines solchen Unterschieds sprechen. Im Strafrecht aber wo der Wille das Gesetz zu verletzen einmal als ein unumgänglich nothwendiges Moment der Strafbarkeit angesehn werden muss und angesehn wird, muss es vollkommen gleichgültig erscheinen ob der verbrecherische Wille fehlte weil der Thäter das Strafgesetz oder eine dessen Anwendung bedingende Thatsache nicht kannte.

Osenbrüggen Abhandl. I S. 24 f. hat die Bedeutung

des Rechtsirrthums eingehend aber ohne Erfolg behandelt. Er § 35.
sagt daß das „zur rechtswidrigen Absicht nothwendig gehörige Bewusstsein der Rechtswidrigkeit weder fingirt noch praesumirt werden" dürfe. Gewis; man mag überdies zugeben, daß zur „rechtswidrigen Absicht" das „Bewusstsein der Rechtswidrigkeit" nothwendig gehöre, dann bleibt aber die weitere Frage, ob der Criminalrechtsdolus stets mit der „rechtswidrigen Absicht" in diesem Sinn zusammenfalle, und das hat O. nirgends bewiesen. In der Polemik wider Berner hat Osenbrüggen allerdings soweit Recht, daß er den Satz, „die Strafbarkeit krimineller Handlungen sei jedem zurechnungsfähigen Menschen (Nichthottentotten und Nichtbuschmann) klar", als unhaltbar nachweist; aber nichts liegt darin was uns zwänge das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Element des criminalistischen Dolus anzunehmen. Auch das Resultat dem O. nach Schwarze zustimmt erscheint nicht befriedigend,

> nur dadurch gelange man zu einer dem Leben und der Gerechtigkeit entsprechenden Regel, wenn man hier dem Richter freie Hand lasse um in dem einzelnen Falle nach dem ganzen Sachverhalte zu ermessen, ob der Thäter mit der Berufung auf den Rechtsirrthum zu hören sei.

Der Gesetzgeber darf sich dem Richter gegenüber schweigend verhalten, wo es sich um Fragen handelt deren richtige Beantwortung durch den Richter auch ohne gesetzliche Anweisung zu erwarten steht, oder wo der Gesetzgeber selber die Antwort nicht weiss und durch keinen Gewaltspruch der Erforschung der auch anders als aus den Gesetzen kenntlichen Wahrheit in den Weg treten will. Doctrin und Praxis aber sollen allemal so in die Arbeit sich theilen, daß jene angibt wo die Grenze läuft, diese ermittelt ob der einzelne Fall auf der einen oder der andern Seite liegt. So ist es die unabweisbare Aufgabe der Wissenschaft anzugeben unter

§ 35. welchen Voraussetzungen der Rechtsirrthum, wenn überhaupt, entschuldige; dem Richter soll nur die Prüfung überlassen bleiben ob diese Voraussetzungen im concreten Falle zutreffen. Uebertragen wir aber auch jene Aufgabe auf die Richter, so hört dieselbe darum nicht auf eine wesentlich wissenschaftliche zu sein; wir sprechen durch die Uebertragung nur das aus, daß wir auch zur Lösung wissenschaftlicher Aufgaben Praktiker befähigter achten als uns selber, was übrigens oft der Wahrheit entsprechen mag.

Meine eigene Auffassung von der Bedeutung der Rechtsunwissenheit ist im § 20 niedergelegt. Danach bestimmt sich mein Verhältnis zu den hier referirten Ansichten. Theorieen, die wie die Feuerbachs die Strafbarkeit erst aus dem Strafgesetz hervorgehn lassen, müssen consequent dahin führen das Bewusstsein der Strafbarkeit in den Begriff des dolus aufzunehmen. Die Polemik kann sich also hier nur wider die Grundlagen dieser Theorieen kehren, und diesen Principienstreit haben wir schon früher abgelehnt. Auf Temmes Satz: im Strafrecht, „wo der Wille das Gesetz zu verletzen als unumgänglich nothwendiges Moment der Strafbarkeit eingesehn werden müsse und werde", müsse auch die Unkenntnis des Strafgesetzes als diesen Willen und damit die Strafbarkeit ausschliessende Thatsache Anerkennung finden, habe ich nichts zu erwidern als die Negative: ich leugne daß „der Wille das Gesetz zu verletzen" als ein solches unentbehrliches Moment der Strafbarkeit angesehn werden müsse oder werde. Köstlin und denen die mit ihm übereinkommen gebe ich zu, daß wenn wirklich zu unterscheiden wäre zwischen Vergehungen die vor dem Gesetz bestehen und solchen die erst „durch die positive Satzung ihre Existenz erhalten" haben, der Rechtsirrthum principgemäß nicht bei jenen wol aber bei diesen als Entschuldigungsgrund in betracht kommen müsste. Ich leugne aber diese Unterscheidung (vgl. § 11), auch in der Gestalt wie sie bei Heffter auftritt, der übrigens

gleich mir keine wesentlichen Eigenthümlichkeiten der s. g. Polizei- § 35.
vergehen annimmt. Ich meine vom Strafgesetz dürfe ausnahmslos nur bedroht werden was staatswidrig sei, das staatswidrige aber werde die wirklich „herrschende Volksansicht", die nicht in zufälliger und bald vorübergehender Teuschung befangen ist, auch stets für unerlaubt und strafwürdig halten. Sonach muss ich mit Luden darin übereinstimmen, daß nach principiellen Gründen der Rechtsunwissenheit keine durchgreifend entschuldigende Kraft zuzubilligen, vielmehr nach Umständen dolus trotz dem Fehlen des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit anzunehmen sein könne. Dagegen aber sind unsere principiellen Begründungsversuche nicht ganz gleich, und ausserdem billige ich der Rechtsunwissenheit eine indirecte Bedeutung zu, die Luden wenigstens nicht ausdrücklich anerkennt. Denn ich erfordere das Bewusstsein der Staatswidrigkeit zum dolus, nehme an daß das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit stets das Bewusstsein der Staatswidrigkeit involvirt, und räume ein daß nur in seltenen Fällen das Bewusstsein der Staatswidrigkeit ohne das concurrirende Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bestehn mag.

Unbewiesen angenommen, fingirt oder praesumirt werden darf das Bewusstsein der Staatswidrigkeit, wie das der Rechtswidrigkeit, nach den zweifellosen Grundsätzen des heutigen Deutschen Criminalprocesses in keinerlei Weise. Ich trete hierin unbedenklich Temmen und Osenbrüggen wider Feuerbach Köstlin Berner Hälschner auch Heffter bei. Denn wenn dieser sagt, es sei „nicht wol anzunehmen daß einem auch nur mit gewöhnlichen Fähigkeiten ausgestatteten Menschen das rechtlich Unerlaubte gewisser Handlungen ein Geheimnis geblieben sei", so ist dies in der That nichts andres als eine Praesumption der Rechtskenntnis. Diese Praesumption aber kann in einem Process, der auf die Ermittelung der materiellen Wahrheit nach bester

§ 35. Ueberzeugung des Richters ausgeht, keine Stelle finden. Ebenso ist es nicht richtig, daß nur die Angehörigen fremder auf niedrigster Bildungsstufe stehender Nationalitäten, oder sonst mit den Bären des Waldes Aufgewachsene, die Rechtswidrigkeit oder Staatswidrigkeit aller einzelnen von der modernen Gesetzgebung hervorgehobenen Verbrechen ignoriren könnten. Das hat Osenbrüggen genügend nachgewiesen. Nur das mag den Gegnern zugegeben sein, daß praktisch dieser Widerstreit geringe Bedeutung hat, weil der Fälle, wo diese Ignoranz auch bei zurechnungsfähigen Deutschen hervortritt, immer nur wenige sein werden. Darin aber, daß es überhaupt nur wenig Fälle gibt, in denen bei Europäern oder Nichteuropäern ein die Zurechnung ausschliessender Mangel des Bewusstseins der Staatswidrigkeit oder der Rechtswidrigkeit besteht, kann sicher kein Grund gesehen werden solches Nichtbewusstsein überall gar nicht zu berücksichtigen; mit gleichem Rechte könnte man alle auf seltene Verbrechen bezüglichen Strafsatzungen streichen. Der Richter muss angewiesen sein in jedem Falle sich zu überzeugen, ob der Thäter das Bewusstsein der Staatswidrigkeit gehabt hat oder nicht. Daß die Untersuchungen hiedurch ungebürlich in die Länge gezogen würden ist Berner nicht zuzugeben, da wenigstens nicht, wo der Beweis nichts als die gewissenhafte Ueberzeugung des Richters fordert. Auch das andere Nützlichkeitsargument Berners verdient keine Beachtung, da es bei der Entwicklungsstufe welche die Deutschen Staaten in der Gegenwart beschritten haben, nicht mehr zugegeben werden kann, daß das Interesse der öffentlichen Ordnung ein Uebersehn der subjectiven Schuldunterschiede bedingen könne. Die unsern Ausführungen in einiger Beziehung widersprechenden Römischen Quellenaussprüche müssen auch für das gemeine Deutsche Strafrecht im engen technischen Sinn als antiquirt gelten, da sie mit den Principien des modernen Inquisitionsprocesses im schneidenden Widerspruch stehn.

Noch ist ein Streitpunkt zu berühren. In der Justinianischen § 35
Sammlung finden sich Stellen welche, scheinbar im Widerspruch mit den allgemeinen Aussprüchen, die Bedeutung auch des Rechtsirrthums für das Strafrecht anerkennen. Wer aus Rechtsirrthum die fremde Sache für sein hält und darum wie sein behandelt begeht kein furtum (§ 5 I. de usurp. 2, 6; fr. 36 § 1, fr. 37 pr. de usurp. 41, 3), wie auch die a. vi bonor. rapt. bei angewandter Gewalt unter sonst gleichen Umständen nicht begründet ist (§ 1 I. de vi bonor. r. 4, 2), und der Thäter überall nicht als praedo gilt (fr. 25 § 6 de H. P. 5, 3). Dies ist schon von andern (Savigny Syst. III S. 383 f., Luden Handb. § 35 N. 5) wesentlich richtig erklärt, Temme aber glaubt hieraus einen Beweis für die Bedeutsamkeit des Rechtsirrthums im allgemeinen entnehmen zu können; Lehrb. des Preuss. Strafrs S. 191:

> Man sucht zu unterscheiden ob der Handelnde über das Dasein des Gesetzes im Irrthum gewesen oder aber ob in dem Handelnden durch einen Irrthum in andern Rechtssätzen die Vorstellung entstanden sei, daß diejenigen factischen Verhältnisse gar nicht vorhanden seien, die er sich als vorhanden vorstellen müsse um den Willen die verbotene Handlung hervorbringen haben zu können. Dieser letztere Irrthum soll die Zurechnung ausschliessen.... Luden befindet sich in einem Zirkel der ihn immer wieder auf den reinen Rechtsirrthum zurückführt. L. würde z. B. den Fall meinen, wo jemand zwar weiss daß Blutschande strafbar ist, aber meint die uneheliche Schwester sei vom Gesetze nicht als Blutsverwandtin anzusehen, also auch nicht seine Blutsverwandtin.

Diesem Falle würde gleichstehn wenn ein Sklavenhalter wüsste das Gesetz bedrohe Menschenmord, zugleich meinte Sklaven seien im Sinn des Gesetzes keine Menschen, oder Nothzucht sei strafbar

§ 35. nach Preussischem Recht aber nicht an Huren. Man wird Temmen unbedenklich zugeben daß hier „reiner Rechtsirrthum", das heisst Irrthum in Betreff des Strafgesetzes, und zwar in Beziehung des Umfangs desselben vorhanden ist. Aber dies sind auch nicht die Fälle, an die Savigny und Luden gedacht haben, und auf welche die Römischen Quellen verweisen. Zu denken ist nur an die Verbrechen bei denen zum Dolus eine besondere Absicht ein Bezwecken (vgl. § 22) gehört: fehlt hier diese Absicht, so ist kein Dolus vorhanden; was die Absicht im besondern Falle ausschliesst ist indifferent; ist ein Rechtsirrthum der Grund, wie in den gedachten Fällen die auf Rechtsirrthum basirte Annahme Eigenthümer zu sein, so ist die auf widerrechtliche Bereicherung zielende Absicht unmöglich, und darum die Strafbarkeit aufgehoben. — Solcher Rechtsirrthum ist auch von dem Standpunkt unserer Theorie als wirksam anzuerkennen. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß dieser wirksame Rechtsirrthum überall sich nicht auf das Strafgesetz bezieht, und daß derselbe nie an und für sich, sondern nur insofern er die zum dolus gehörige Absicht ausschliesst, zur Wirkung kommt.

In der modernen Gesetzgebung ist zwar hinsichts der Behandlung des Rechtsirrthums die Zerfahrenheit nicht ganz ebenso groß wie in der Doctrin, doch ist man offenbar auch hier noch nicht an das Ziel gekommen. Baiern (Art. 39 jetzt aufgehoben) und nach ihm Oldenburg (Art. 52) haben das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in die Definition des Dolus aufgenommen:

> und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen ist.

Dem entsprechend Art. 121 (Oldenburg Art. 126):

> Eine That ist straflos wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat.

Doch sieht man schwer ein wie auch der in überwindlicher und

schuldvoller Rechtsunwissenheit Befangene das Requisit des Art. 39, § 35.
„daß er sich der Rechtswidrigkeit bewusst gewesen", erfüllen und also wegen Dolus zu strafen sein könne. Die Zweifel werden einigermaßen beseitigt durch Art. 71 (Oldenburg Art. 65) „Von fahrlässiger Unwissenheit der Strafbarkeit der Handlung":

> Wer bei einer in diesem Gesetzbuche als strafbar erklärten Handlung seine Unwissenheit über das Dasein des Strafgesetzes vorschützt, wird mit diesem Vorgeben nicht gehört, wenn nicht Blödsinn große Dummheit und andere dergleichen Gemüthsfehler dieses Vorgeben unterstützen.

Also Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist unentbehrliches Element des Dolus, dies Bewusstsein wird aber bei allen, die nicht mit dem „Gemüthsfehler" „großer Dummheit" u. s. w. behaftet sind, nicht blos praesumirt sondern fingirt, indem Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Nur bei den blödsinnigen und großdummen soll erforscht werden ob sie wirklich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehabt haben; wenn nein, wird die Unwissenheit als eine unüberwindliche und schuldlose angenommen, und die That geht straflos aus.

Consequenter ist Hannover in Anerkennung der Bedeutung der Rechtsunwissenheit. Art. 41:

> Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung, mit dem Bewusstsein daß sie unerlaubt sei.

Demgemäß Straflosigkeit wenn die Unwissenheit „unüberwindlich" und „schuldlos" gewesen (Art. 84, 6), Strafmilderung bei vorhandener vermeidlicher Unwissenheit, von der freilich Art. 94, 7, nur einen Fall namhaft macht.

Dem nähert sich Württemberg Art. 99. Der Mangel der Kenntnis des Gesetzes schliesst die gesetzliche Strafe aus, wo die Unkunde „völlig" schuldlos ist; in allen andern Fällen nicht. Unkenntnis nur von Art und Maß der Strafe sind nach Hannöver-

§ 35. schem (Art. 41), wie auch nach Württembergischem Recht (Art. 55, aufgehoben) wirkungslos.

Die meisten neueren Gesetze aber sprechen der Rechtsunwissenheit ohne Unterschied die Kraft ab, die Zurechnung aufzuheben. So

Braunschweig § 31,	Thüringen Art. 63,
Hessen Art. 41,	Baden § 73,
Sachsen Art. 95,	Bair. Entw. Art. 60.

Als ungeschickte Fassung ist es zu rügen wenn man Zustände „in welchen das Bewusstsein der Strafbarkeit der That aufgehoben ist", wie Hessen (Art. 37) und Baden (§ 71) dies thun, als solche bezeichnet die die Zurechnung ausschliessen, und gleichwol ausspricht, daß troß dem mangelnden Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit die Zurechnung sehr wohl bestehen kann. Oder treten wir diesen Gesetzen zu nahe, und sollte in ihren nicht klaren Worten der richtige Gedanke ausgedrückt liegen, daß die Zurechnung zwar das Bewusstsein der Strafbarkeit d. h. Staatswidrigkeit, nicht auch das der Rechtswidrigkeit mit der hiezu erforderlichen Gesetzeskenntnis erfordere? Die Fassung würde auch unter dieser Voraussetzung schlecht gewählt sein.

Auch Oesterreich und Preussen billigen der Rechtsunwissenheit keine entschuldigende Kraft zu; Preussen indem es schweigt (vgl. das Ges. v. 3/4, 1846), Oesterreich in zwei Vorschriften:

§ 3. Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich niemand entschuldigen.

§ 233. Die Unkenntnis dieses Strafgesetzes kann also [weil jeder das erforderliche von selbst erkennen kann, resp. zu wissen verpflichtet ist] rücksichtlich der in demselben vorkommenden Vergehn und Uebertretungen nicht entschuldigen.

Beilagen.

I. Kritik der Köstlinschen Zurechnungslehre.

Im literarischen Centralblatt (Jg. 1855, v. 17. März) ist Köstlins System von mir angezeigt worden und zwar anonym, weil das Centralblatt damals weder Namen noch Chiffren der einzelnen Recensenten geben mochte. Mein Urtheil klang weniger günstig als das der meisten andern, die nachdem sie das Buch gelesen oder nicht gelesen hatten sich öffentlich darüber vernehmen liessen. Die Anonymität, an der mir überall nichts gelegen, hoffte ich bald abzustreifen, und meinte Köstlin werde nach nicht langer Frist Gelegenheit finden mir ebenso entschieden entgegenzutreten, wie ich ihm. Aber das Erscheinen meiner Theorie hat sich verzögert; inzwischen ist Köstlin gestorben. Ich bedaure dies nicht minder aufrichtig als diejenigen die Köstlins Werke über die Gebühr erheben, und darum verkennen daß K. im Stande gewesen wäre besseres zu leisten. Bei seinen letzten Arbeiten hat K. eminenten Fleiss im Sammeln bewiesen, und seine Denkkraft will niemand in Zweifel ziehn. Gerade auf seine Fähigkeit fußt mein Tadel. Zweierlei insbesondere habe ich ihm vorgeworfen und werfe ich ihm noch jetzt vor: daß er die systematischen Entwickelungen nicht durchdacht, und in schlechtem Styl vorgetragen hat. Beides hängt eng miteinander zusammen. Auf die systematische Construc-

tion hat K. verhältnismäßig wenig Fleiss verwendet; er scheute hier die selbständige Arbeit, und nahm ohne genügende Prüfung zuviel von den Resultaten anderer an. Das Unglück hatte ihn an eine Quelle geführt, die wie viel gutes übrigens wir ihr zu verdanken haben, in die Deutsche Gelehrtensprache überwiegend Unrath gebracht hat. Die gesunde Natur Ks. ist dem Zwange der Schulphrasen nie ganz erlegen, die Specialausführungen kehren überall zum einfachen verständlichen Ausdruck zurück. Ich behaupte daß alles, was K. der Wissenschaft wirklich ersprieſsliches geschaffen hat, auch in ungezwungener Form von ihm ausgesprochen ist. Aber gerade der Kern der systematischen Arbeiten verleugnet den guten Deutschen und deutlichen Sprachgebrauch. Es mag unentschieden bleiben ob K. den Formelkram nur benutzt hat sich und andere über die Mängel und Gebrechen seiner Theorie fortzusetzen und zu teuschen, oder ob er in den Formalismus dergestalt verstrickt war, daß es ihm in der That vorzüglich darauf ankam Scheinwahrheiten zu gewinnen und wissenschaftliche Kartenhäuser zu erbauen. Gewis daß der Styl, dem sich K. ergeben, trefflich geeignet war unklaren und halbwahren Gedanken zur Form zu dienen und ihnen Beifall zu gewinnen: loben doch viele im dämmernden Halbbewuſstsein des Nichtverstehens das Unverstandene, nur in der Hoffnung hiedurch den eigenen Unverstand zu verstecken.

Trotz seinen Verirrungen ist Ks. Bedeutung für die Deutsche Strafrechtswissenschaft zweifellos, und ich habe darum meine Polemik überall vorzugsweise gegen ihn gerichtet. Daß ich seine Zurechnungslehre hier besonders hervorhebe hat seinen Grund weniger darin, daß ich diesen Abschnitt für besonders gut oder besonders schlecht gelungen erachte, als daß ich wünsche mein Urtheil über das K.sche Werk gerade bei denjenigen Lehren zu rechtfertigen die mir als die Grundlagen der ganzen Strafwissenschaft erscheinen. In manchen Details treffe ich mit K. überein. Daß die Uebereinstimmung nicht größer ist, mache ich ihm zum Vorwurf, weil ich meine daß er mir viel näher gerückt wäre wenn er manchen Gedankenkeim hätte ausdenken mögen, der nun unfertig in Formeln und Phrasen gehüllt in die Welt gesetzt ist, und trotz dieser Umhüllung unfähig zu leben nur den Boden düngen kann. — Zu

bemerken ist noch daß meine Kritik überall nur auf das System und nicht auf die Neue Revision eingeht, um diesen Excurs nicht unnütz lang zu machen, da ein Buch wie das System auf eignen Füßen muss stehn können.

> §56. Der Begriff der Handlung ist hiernach, der *verwirklichte* (freie) *Wille eines* (zurechnungsfähigen) *Subjects* zu sein.

So sehr man geneigt sein mag diesen Worten zuzustimmen, so darf man doch nicht verkennen daß in ihnen der Ursprung der weiteren Unklarheit liegt. Und zwar darum, weil K. den Begriff der Handlung so ausdehnt daß das ganze Verbrechen darin platz findet, Handlung also gleich Handlung + Erfolg gesetzt wird. Soll der „verwirklichte Wille" diesem weiteren Begriffe der Handlung entsprechen, so muss auch er sich eine Ausweitung gefallen lassen, um nicht blos auf den einen Theil der angeblichen Handlung, die wirkliche Handlung, sondern auch auf den andern, den Erfolg, sich beziehn zu können. Mit dieser Erweiterung aber schwindet die Möglichkeit den Willen als etwas besonderes, von dem Inbegriff der geistigen Kräfte des Menschen, oder überhaupt von dem geistigen Menschen zu unterscheiden. Zugleich verschwimmt der Begriff des Wollens; ist der Wille eine bestimmte Geisteskraft, so ist das Wollen die Regung eben dieser Kraft, nach jener Erweiterung aber können die verschiedenartigsten geistigen Bewegungen des Menschen mit dem Namen des Wollens belegt werden. Diese Uebelstände treten im folgenden sofort hervor.

> Somit erscheint 1) als das bewegende Princip der Handlung der Wille, der sich eben deshalb das Recht zuschreibt Veränderungen in der Aussenwelt als seine Erzeugnisse nur insoweit gelten zu lassen als sie von ihm gesetzt sind. Dieses Recht findet aber 2) seine Schranke an der Nothwendigkeit der *äusserlichen Wirklichkeit* der Handlung, der That welche sich als das Maß für die Verantwortlichkeit des Willens geltend macht, ebendaher aber den Willen als das über-

greifende Princip anerkennen muss. 3) Als schöpferischer Erzeuger einer Handlung erscheint daher immer ein Subject, das dieselbe als die seinige ansprechen darf und verantworten muss.

Hier wird vom Willen praedicirt, daß er „sich ein Recht zuschreibe", „etwas als sein Erzeugnis gelten lasse" „Veränderungen in der Aussenwelt setze", was alles nicht der Wille vermag, der überall nichts kann als wollen, wol aber das mit der Willenskraft ausgestattete menschliche Subject. Beiläufig daß das Vorsetzen des Bildes der Handlung im § 59 ganz richtig bezeichnet wird, nicht als Thätigkeit des Willens sondern des Subjects dem der Wille zusteht. — Ein andres Bedenken knüpft sich an die Zusammenordnung der drei Begriffe: „Wille", „äussere Wirklichkeit der Handlung" oder „That", „Subject." Das Subject eines Verbrechens, und andre Subjecte gehn hier uns nichts an, muss allemal Inhaber eines Willens sein; mit dem Subject ist also der Wille schon gegeben, und es wäre unlogisch neben dem willenskräftigen Subject den Willen, gleich Willenskraft, als zweites Requisit hervorzuheben. Also darf man hier unter dem Willen nicht die Kraft, sondern wol nur die einzelne Bethätigung dieser Kraft, den Willensact verstehen. Dann wäre gegen diese drei Voraussetzungen des Verbrechens nichts zu erinnern.

α) Subject, d. h. willensfähiges;

β) Wille, concrete Bethätigung der Willensfähigkeit;

γ) That, eingreifen des Willensacts in die Aussenwelt und dadurch bewirkte Veränderung von Aussendingen, „äusserliche Wirklichkeit der Handlung".

Hienach aber war kein Grund vorhanden diese Requisite in anderer als der vorgezeichneten Ordnung α) β) γ), wie Köstlin dies thut β) γ) α) auf einander folgen zu lassen, und es wäre unter dem Subject (α bei uns, 3 bei K.) von der Fähigkeit ein Verbrechen zu begehn, also von der Zurechnungsfähigkeit zu reden gewesen, während K. hierunter die Lehre von „Urheberschaft und Begünstigung" § 90 91, „Beihülfe und intellectuelle Urheberschaft" § 92—101, „Miturheberschaft" § 102—110 zieht. Zudem wird das vom Willen behauptete „zuschreiben" „gelten lassen" „setzen" noch bedenklicher

wenn unter diesem „Willen" nicht eine Kraft sondern ein einzelner Act dieser Kraft verstanden werden soll. — Wie K. übrigens dazu gekommen unter das Subject eben das zu begreifen was er unter dieser Rubrik behandelt, erklärt sich einigermaßen aus dem Schluss des citirten § 56, der uns hier nicht näher berührt.

„Nach allen diesen Momenten bestimmt sich nun die Schuld, d. h. das Maß der Verantwortlichkeit eines Zurechnungsfähigen für die durch seine freie Causalität hervorgebrachten Veränderungen in der Aussenwelt. Das Urtheil darüber ob und in wieweit nach den gedachten Beziehungen in einer solchen Veränderung eine schuldvolle (freie) Handlung vorliege, heißt Zurechnung. Hieraus ergibt sich daß die Unterscheidung zwischen imputatio facti und juris eine werthlose ist, und daß die Begriffe der Zurechnung und der Handlung sich decken.

Hier ist deutlich ausgesprochen, was freilich auch schon aus dem voraufgehenden erhellte, daß nach K. „Veränderungen in der Aussenwelt" in den Begriff der Handlung fallen sollen. Die hieraus resultirende wiederholt gerügte Unbestimmtheit dieses Begriffs der Handlung wird dann zwar scheinbar durch die Bemerkung gehoben, „daß die Begriffe der Zurechnung und der Handlung sich decken". Aber die gewonnene Bestimmtheit ist auch nur eine scheinbare, da die bestimmende Formel eine Gleichung mit zwei unbekannten Größen ist. Fragen wir wieviel Erfolge Veränderungen der Aussenwelt in den Begriff der Handlung gehören, so ist die Antwort, alle die zuzurechnen sind; und fragen wir weiter, wie viele Erfolge denn zuzurechnen seien, so müssen wir einstweilen wieder daran uns genügen lassen, alle die zur That zur äusseren Wirklichkeit der Handlung gehörigen.

Anknüpfend an die im § 56 hervorgehobenen drei Momente behandelt Köstlin in drei Abschnitten, I den Willen § 58—78, II die That § 79—88, III das handelnde Subject § 89—110. Wir haben davon nur den ersten zu analysiren.

§ 58. Dem Begriff der Handlung gemäß erscheint der Wille als das bewegende Princip derselben. Handlung ist eben nur eine solche in die Aussenwelt gesetzte Veränderung, welche die

Freiheit als ihr Product anerkennen darf oder muss. Daher ist es das Recht des Willens von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objectiven Bestimmtheit mit seiner subjectiven erkennt. Indem er nämlich den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äussere Dasein übersetzt tritt er in den vom Causalitätsgesetze beherrschten Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Conjuncturen ein, und ruft eine relative ausser ihm und seinem Wissen liegende Macht gegen sich hervor, für deren Wirkungen einzustehn er sich nicht zumuthen lassen will.

Der „Wille ist das Princip der Handlung", die „Freiheit darf oder muss die Handlung als ihr Product anerkennen", aus § 56 wissen wir aber daß auch das „Subject die Handlung als die seinige ansprechen darf und verantworten muss"; also scheint es daß „Wille" „Freiheit" „Subject" dem Vf. gleich gelten, und es bestätigt sich hiemit was wir zu den ersten Worten des § 56 bemerkt haben. Richtig ist daß der Wille, oder das Subject, nicht für alle Wirkungen einzustehn hat, welche die „Uebersetzung des Inhalts seiner Selbstbestimmung in das äussere Dasein" hervorruft, der verschrobene Ausdruck aber bekundet zur Genüge daß K. wovon er hier redet nicht klar durchschaut hat.

Vorsatz und Zufall. § 59—63.

Die jenem Rechte (wie der entsprechenden Verbindlichkeit) des Willens schlechthin angemessene Handlung ist nun die vorsätzliche, d. h. die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäß wirklich gewordene. Diese Handlungsweise ist die normale Art der Bethätigung des Willens, dessen Momente hier sämmtlich zu ihrem Rechte kommen. Die Allgemeinheit in der Berathung, die Besonderheit im Beschlusse, die Einzelheit im Entschlusse. Hat hier das Subject in der seiner Handlung vorhergehenden Ueberlegung die Bedingungen Momente und Folgen derselben erwogen, und spiegelt sofort die That gerade jenes vorgesetzte Bild der Handlung ab, so kann es die unbedingte Verantwortlichkeit für seine

Handlung nicht von sich ablehnen, propositum, praemeditatio, vorbedachter dolus.

Auch dieses ist nicht sowol unrichtig als unklar. Unklar, weil wiederum dem Willen ein Berathen und anderes zugeschrieben wird, was ausser seiner Sphäre liegt, daher wenn von einer diesem Willen entsprechenden Handlung geredet wird, der Schrankenlosigkeit des Willens wegen auch keine festen Grenzen für die Handlung zu finden sind. Als richtig aber und zwar gerade mit unseren Anschauungen übereintreffend müssen wir anerkennen, daß zum Vorsatz (vorbedachten dolus) kein bezwecken erfordert wird: „spiegelt nur die That (scil. der Erfolg) gerade das vorgesetzte Bild der Handlung (d. h. der Handlung sammt Folgen) ab, so kann das Subject die unbedingte Verantwortlichkeit für seine Handlung nicht von sich ablehnen". Das ist gerade was ich behauptet habe. Auch darin stimmt K. mit mir in der That überein, daß er diese Verantwortlichkeit nicht auf reines Wollen allein, sondern auf Wollen und Wissen vereint zurückführt, während er den Anschein dieser Uebereinstimmung dadurch zerstört, daß er auch dies Wissen als eine Function des Willens behandelt.

§ 60. Den directen Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Zufällige als ein mit dem Wissen und Wollen im Gegensatze stehendes Geschehen, sei nun dieses ein einfaches in sich oder trete blos als Folge einer wirklichen Handlung auf. In beiden Fällen urtheilt das Subject, daß es selbst nicht Princip des vorliegenden Factums sein könne, daß vielmehr dieses Princip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der äusseren Objectivität gelegen haben müsse.

Da nichts ohne genügenden Grund geschieht, so kann man unter zufällig nur zweierlei verstehn, einmal das wovon wir den Grund nicht sehn, zweitens wovon die Ursach in keiner Weise auf uns zurückzuführen ist. In diesem zweiten Sinne scheint der zufällige Erfolg den directen Gegensatz zu dem vorsätzlich bewirkten zu bilden, und das dergestalt Zufällige wieder in zwei Arten geschieden werden zu müssen, was überhaupt nicht Folge unserer Handlungen ist, und was zwar aus unseren Handlungen resultirt von uns aber

weder vorhergesehn ist noch vorhergesehn sein sollte. K. zieht eine Dreitheilung des Zufälligen vor:

§ 61, 1. Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjecte nicht zugerechnet werden wenn er eine demselben schlechthin äussere fremde Ursache hat, zu welcher sich der Mensch auf keine Weise als sich selbstbestimmendes Subject sondern nur als unselbständiges Mittel verhält. Dies ist der Fall „wenn eine äussere absolute Gewalt (Zwang), gehe sie von der Natur oder von einem Menschen aus, die Leiblichkeit des Menschen bezwingend ihn mittels mechanischer oder organischer Kräfte als bloßes Naturobject wirken lässt. Vorausgesetzt ist jedoch daß der Mensch es sich nicht zur Schuld zurechnen muss der Einwirkung einer solchen Gewalt sich ausgesetzt zu haben".

Dieser Fall entspricht unserer ersten Art des Zufälligen. Der Deutlichkeit würde es keinen Abbruch gethan haben wenn K. hätte hervorheben mögen, daß in diesem Falle gar keine Handlung, kein Wollen des in Anspruch genommenen Subjects vorliege.

Bei den beiden folgenden Klassen des nach Köstlin Zufälligen handelt es sich um nicht vorzusehende Folgen von Handlungen. Unser Autor scheidet

2) . . . fällt die Möglichkeit der Zurechnung weg wenn zwar die That den Willen ausdrückt, aber ihre Vermittlung mit dem Wissen fehlte. Das Princip der Handlung liegt hier zwar im Subjecte selbst, aber nur formell nämlich nur in seinem Wissen das gegen seinen Willen im Gegensatze steht — d. h. in einem Irrthum. Dieser Irrthum muss jedoch wie die Gewalt im § 61 unvermeidlich gewesen sein da sonst wiederum eine actio libera in causa vorliegt. Als ein unvermeidlicher Irrthum aber erscheint nur der Irrthum in Thatumständen, weil nur ein solcher seine Ursache in der dem Subjecte ursprünglich fremden Aussenwelt haben kann, deren empirische Kenntnis allerdings nicht mit dem Wesen des Geistes identisch, und eben darum zufällig ist.

3) In der Natur der Handlung, in welcher sich das Subject dem objectiven Weltzusammenhange preisgibt, liegt es endlich, daß auch an ein mit Wissen und Wollen vermitteltes

Thun zufällige Folgen sich anknüpfen können, sofern zu dem Willen weitere Ursachen im äusseren Weltzusammenhang hinzutreten, welche seinem Wissen fremd bleiben mussten. Dieser Zufall im e. S. (Zufall in den Folgen) vereinigt in sich die Momente der Gewalt und des Irrthums, sofern hier eine fremde Causalität wirkt, von welcher vorausgesetzt wird, daß sie sich im Wissen des handelnden Subjects nicht reflectirt habe und nicht habe reflectiren können.

Nachdem K. im voraufgehenden den Begriff des Willens erweitert und auch das Wissen als Function des Willens erfasst hat, erscheint der Ausdruck daß „die That den Willen ausdrücke aber ihre Vermittelung mit dem Wissen fehle" unverständlich. Daß gerade in solchem Falle, wo „die Vermittelung mit dem Wissen fehlte", zwar „das Princip der Handlung im Subject aber nur formell, nämlich nur in seinem Wissen das gegen seinen Willen im Gegensatz steht" liegen solle, ist auch nichts weniger als anschaulich. Der Gegensatz selber von Irrthum und Zufall im e. S. soll wol derselbe sein, den auch Hälschner vertritt, und der oben S. 559 bekämpft ist. Nach Ks. Worten nimmt dieser Gegensatz keine feste Gestalt an. Der Schütz weiss nicht daß an der Büchse die ihm eben vom Büchsenmacher übergeben wird das Visir verstellt ist, und trifft darum während er richtig zielt einen Menschen der zehn Schritt von der Scheibe steht. Es dürfte hier nach Ks. Worten sowenig der Irrthum in den Thatumständen wie der Zufall im engsten Sinn in Abrede zu stellen sein. Ebenso wenn der Wärter dem Kranken das Pulver eingibt, in das durch Apothekers Versehen tödliches Gift gekommen ist.

Vom Zufall kommt K. zur culpa § 64—69. Unsere Anschauungen stehn sich hier keineswegs schroff gegenüber, vielmehr kommen wir im wesentlichen überein. Vor allem darin, daß Culpa nur da anzunehmen, wo die fraglichen Erfolge nicht vorgesehn sind, die s. g. bewusste Culpa also aus dem Gebiete der ächten Culpa hinauszuweisen ist. Wohin? Darüber sind wir dann freilich wieder verschiedener Meinung. Betreffs der ächten Culpa aber kann ich einigen Ausführungen Ks., abgesehn von der Wortfassung, ganz beitreten.

§ 66. Die Grenze der Culpa gegen den Zufall ist ihrem Begriffe gemäß relativ. Denn die Frage ob ein Irrthum oder Nichtwissen vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Individualität des Handelnden und den Umständen des concreten Falles beantwortet werden. Die Frage läßt sich daher nicht allgemein festsetzen und auch für den einzelnen Fall nur negativ so angeben, daß die Verantwortlichkeit wegfalle wenn dem Handelnden als solchem unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als realmögliche Folge seiner Handlung hätte vorhersehn sollen. Da es sich übrigens hier nicht um widerrechtlichen Willen überhaupt, sondern um verbrecherischen Willen handelt, so kann jene Zumuthung nicht über die Grenze gewöhnlicher Einsicht und Vorsicht eines Individuums ausgedehnt werden. — Ebensowenig lassen sich absolute Grade der culpa angeben, und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nur von der größeren oder geringeren Leichtigkeit die Folge vorauszusehn hergenommen werden. Allein diese Wahrscheinlichkeit ist gleichfalls eine relative, nach den concreten Umständen und der Individualität des Handelnden sich bestimmende, und für diese concrete Wahrscheinlichkeit gibt es zwar unendliche quantitative Abstufungen, die sich aber nicht qualitativ als Grade fixiren lassen. In beiden Beziehungen unterscheidet sich die strafrechtliche culpa wesentlich von der des bürgerlichen Rechts.

Auch bei dem folgenden Paragraphen widerstrebt uns nur der Wortlaut:

§ 67. Die culpa bildet einen geringeren Schuldgrad als der Vorsatz. Denn der culpos Handelnde wusste und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs, sondern wollte nur dessen Bedingung, wobei es eben seine Schuld ist die reale Möglichkeit des Erfolgs nicht in sein Wissen erhoben zu haben. Bei objectiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt mithin bei der culposen Handlung nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während bei der vorsätzlichen dieses Entsprechen vollständig ist.

Ungenügend dagegen ist wie K. die Strafbarkeit der Culpa begründet.

> § 64. Es weist jedoch nicht nur der Zufall dem Willen seine relative Ohnmacht auf, sofern der vom Causalitätsgesetze beherrschte Weltzusammenhang der Combinationen des handelnden Menschen spottet und seine Vorsätze in ihr Gegentheil verkehrt, — sondern er tritt auch gegen ihn mit der Forderung auf, von ihm mittelbar als durch ihn gesetzt anerkannt und mit seiner Verantwortung gedeckt zu werden.

Der Zufall sollte von der Verantwortung des Menschen gedeckt werden? Das meint wol K. selber nicht, sondern will nur sagen, daß gewisse nicht dem Vorsatz zuzurechnende, nicht vorgesehene Folgen menschlicher Handlungen verantwortet werden müssen.

> Indem nämlich der vorsätzlich Handelnde eben seinen Vorsatz als das Maß seiner Verantwortlichkeit für das daraus Hervorgegangene geltend macht, so legt er sich damit die Forderung auf seinem Vorsatze, d. h. der seiner Handlung vorhergehenden Reflexion, auch wirklich die alle Bedingungen Momente und Folgen umfassende Allgemeinheit zu geben.

Das ist zweifelsohne zuviel gefordert; denn die Reflexion des Menschen ist wie alles andre menschliche stets unvollkommen, sie kann nie „alle Bedingungen u. s. w." umspannen, und daher auch der Mensch nicht über seine Kräfte hinaus zu so allgemeiner Reflexion verpflichtet sein. K. selber erkennt in dem citirten § 66 richtig an daß die Zurechnung zur Culpa je im einzelnen Falle von „der Individualität des Handelnden und den Umständen des concreten Falles" abhänge. Im Widerspruch hiemit fährt § 64 fort:

> Wenn nun die Handlung ins Dasein tritt, und statt der vom Subject vorausberechneten oder neben den berechneten noch weitere nicht berechnete Umstände eintreten, die einen dem Vorsatze entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so zeigt sich jetzt daß der Handelnde seiner Reflexion nicht die erforderliche Allgemeinheit gegeben.

Daß das Subject unter den gedachten Voraussetzungen seiner

Reflexion nicht die „erforderliche" Allgemeinheit gegeben, kann man allgemein nur behaupten, wenn man im Widerspruch zu unsern Annahmen und zu Ks. eigenen Annahmen im §67 darauf besteht, daß vom Subject erfordert werde „alle Bedingungen u. s. w." in seine Reflexion aufzunehmen.

> Es ergibt sich daß vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs die hinzugetretenen Umstände möglicherweise hätten voraus erwogen werden können. Damit hören aber diese Folgen auf zufällige zu sein und erscheinen vielmehr als mögliche in der Handlung als realmöglich gesetzte Folgen.

Hiemit gibt der Vf. den bisher befahrenen Irrweg auf und sucht auf die große Straße zu kommen, sieht sich aber zu diesem Zweck genöthigt einstweilen ganz ohne Weg vorzugehn. Aus dem allgemeinen Weltzusammenhang ergibt sich keineswegs daß alle hinzugetretenen Umstände hätten voraus erwogen werden können, vielmehr ist anzunehmen daß nach der individuellen Beschaffenheit des Subjects dasselbe im Stande gewesen manche der hinzugetretenen Umstände voraus zu erwägen, andre nicht; konnten sie voraus erwogen werden, so hören freilich die Folgen für dies Subject auf zufällige zu sein, aber sie werden darum noch nicht zu möglichen, sondern dies erst dann wenn das Subject sie nicht blos zu sehn und erwägen vermocht sondern wirklich gesehn hat. Weiter aber ist zu bemerken daß gerade die möglichen, d. h. als möglich bei der Handlung vorhergesehenen Folgen, wie K. selber an anderer Stelle richtig hervorhebt, gar nicht ins Gebiet der Culpa gehören.

> Es zeigt sich daß der Handelnde in einem Irrthum gehandelt hat, den er hätte abwenden können, und welchen nicht abgewendet zu haben ihm zur Schuld zugerechnet werden muss. Diese Schuld ist Versehn, culpa.

Wider diese Schlusswworte an sich wäre nicht viel zu erinnern; mit dem voraufgehenden verbunden aber ergeben sie das widersinnige Resultat, daß der Handelnde wegen aller Folgen seiner Handlung, die er nicht etwa dolos bewirkt hat, als in culpa befindlich anzunehmen ist, da er des „allgemeinen Weltzusammenhangs" wegen die „hinzugetretenen Umstände" und durch deren Vermittelung auch jene Folgen alle zu erkennen fähig und schuldig gewesen wäre.

Etwas schärfer umgrenzt erscheint das Wesen der culpa im folgenden Paragraphen.

§ 65. Im Wesen der culpa liegt daß sie stets 1) aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrlässigkeit des Handelnden ist denselben nicht vermieden und dadurch den rechtsverletzenden Erfolg mittelbar verschuldet zu haben. Mithin liegt hier immer ein negatives Verhalten des Willens vor. Gleichwol liegt in diesem Negativen auch ein Positives, d. h. das Wissen und Wollen der Bedingung aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als real mögliche Folge entwickelt.

Das hier hervorgehobne positive Element hat ersichtlich die Culpa mit dem Dolus und mit dem Zufall der aus Handlungen erfolgt gemein. Das negative als „negatives Verhalten des Willens" zu bezeichnen ist eine glückliche Wahl des Ausdrucks; der Wille hat die vorhandene Sehkraft nicht in Thätigkeit gesetzt, wo sie zu sehn vermögend und darum verpflichtet gewesen wäre. Um aber diesen Ausdruck in dieser Weise als zutreffend anzuerkennen, muss man von einem engern Begriff des Willens ausgehn als den K. übrigens anzuerkennen pflegt. Auch liegt nicht das Positive in dem Negativen, vielmehr sind beide das Positive und das Negative selbständige Elemente die sich mit einander verbinden. — So können wir also auch diesen Definitionen nur bedingt beitreten. Wie Ks. und meine Ansicht über die Verbrechen bei welchen culpose Verübung möglich, auseinandergehn, ist schon oben S. 486 f. ausführlich dargelegt.

Die Lehre vom dolus, Absicht, (§ 70—78) wird so eingeleitet:

§ 70. Durch die Erfahrung gewitzigt, daß die vom Naturgesetze beherrschte äussere Welt kein selbstloses Instrument für den Willen sei, erkennt der Mensch daß das subjectiv willkürliche Maß seines Vorsatzes nicht das Maß der Zurechnung seiner That sein könne. Ebenso gewis ist ihm aber das Andre, daß der Wille das bewegende Princip in der Handlung ist und darum selbst an der eigenen objectiv innerlichen

Natur der letzteren keine absolute Schranke hat, sondern aus ihr sich zum Selbstgenuss in sich zurücknimmt. Der Wille, so der objectiven Natur der Dinge als einer keineswegs schlechthin durch ihn bestimmbaren, ebensowenig aber ihn zu absorbiren fähigen gegenüber stehend, findet eben an ihr das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit, indem er als Absicht eben nur die objective Natur einer bestimmten Handlung zum Inhalte seines Vorsatzes macht. Sowie nun aber der Wille über dieses Maß hinausschreitend stets sich selbst zu seinem Ziele macht (als Zweck), so kann er auch — als Einheit von Wissen und Wollen — unter jenem Maße zurückbleiben indem entweder die objective Natur der Handlung zwar gewusst aber nicht gewollt, oder aber dieselbe zwar gewollt aber nicht deutlich gewusst wird (luxuria, impetus).

Es dürfte nicht zuviel behauptet sein, daß derjenige selber schon confus sein müsse, den diese Entwickelung klar dünkt. Ohne also bei diesem Gedankengange und den Worten die ihn zeichnen im einzelnen zu verweilen, wollen wir nur die Resultate zu denen er den Vf. führt der Prüfung unterwerfen:

Der Process des Willens gegenüber der objectiven Natur der Dinge verläuft sich sonach in drei Stadien. 1) Mittelstufen zwischen culpa und dolus, — 2) (Formelle) Absicht — dolus, 3) (Materielle) Absicht, Zweck.

Luxuria und impetus nennt K. die angenommenen Mittelstufen. Bei der culpa besteht die

Schuld eben in dem Nichtaufmerken auf die in der eigenen Handlung eingeschlossenen Bedingungen des [nicht gewollten, nicht vorhergesehenen] Erfolgs. Von dem Falle des culposen Handelns unterscheidet sich hienach wesentlich der Fall wenn der Handelnde diese Bedingungen bedacht, gleichwol aber in der Hoffnung daß der Erfolg nicht eintreten werde, in frevelhaftem Leichtsinn die als gefährlich erkannte Handlung ausgeführt hat (luxuria). In dem Bewusstsein über die objective Natur der Handlung liegt das was diese Schuldform über das Gebiet der culpa hinausrückt.

Dieser Abgrenzung der luxuria wider die culpa muss man zustimmen, weniger gelungen ist die Unterscheidung vom dolus.

> Dagegen unterscheidet sie sich von der Absicht (dolus) dadurch, daß der Handelnde gerade diese Consequenz jener objectiven Natur der Handlung zu vermeiden hofft.

Aber lässt sich auf diese vage Hoffnung die Abtheilung in verschiedene Schuldarten begründen? K. selber erkennt daß die Grenzen von dolus und luxuria schwer auseinanderzuhalten sind:

> Offenbar steht aber diese Schuldform dem dolus sehr nahe, und setzt damit sie nicht geradezu in ihn sich auflöse zweierlei voraus: 1) daß der Erfolg nicht als ein wegen Vorliegens sämmtlicher Bedingungen seiner Wirklichkeit unvermeidlicher sondern blos als ein möglicher (weil es an der vollen Summe der Bedingungen fehlte) vorhergesehn wurde; 2) daß auch der als blos möglich vorhergesehene Erfolg nicht (auch nicht eventuell) gewollt wurde. Ein Wollen desselben liegt aber auch schon dann vor, wenn der Handelnde nur gegen den Erfolg gleichgiltig war. Daher kann luxuria nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen ist daß der Handelnde den Erfolg abzuwenden gestrebt oder mindestens ein bestimmtes Interesse gehabt ihn zu vermeiden.

Durch diese Bemerkungen werden die praktischen Verschiedenheiten zwischen Köstlins und meiner Lehre erheblich vermindert. Daß der Handelnde gestrebt habe den Erfolg abzuwenden muss ich als Milderungsgrund anerkennen; Fälle der Art werden überhaupt selten sein; ob besondere Schuldform, ob minderer Grad derselben Form des dolus ist wenig bedeutend wo feste Regeln über die Behandlung verschiedener Schuldformen, und wieder verschiedener Grade derselben Schuldform nicht bestehn. Daß aber das bloße Dasein eines bestimmten Interesses an dem Vermeiden des Erfolgs überall mildere Strafe rechtfertige, dürfte K. selber bei weiterer Ueberlegung fraglich erschienen sein. Denken wir an den S. 318 berichteten Fall. Der junge Mediciner gibt der alten Frau den Schlaftrunk, von dem er weiß daß er Menschen ihrer Constitution unter zehn Fällen fünfmal tödtet. In der ersten Zeit wäre der Tod der Alten ihm sehr unerwünscht, weil er ihm die Gelegenheit mit

dem Liebchen zu verkehren abschneiden würde; später, wie er selber das Verhältnis zu brechen beabsichtigt, ist er ihm gleichgültig. Es kann zweifelhaft erscheinen ob darum die Schuld bei den ersten Handlungen geringer gewesen als bei den spätern; verschiedene Schuldformen wegen dieses Unterschieds anzunehmen ist ganz ungerechtfertigt. Der Trieb zum Bösen war anfangs stärker als nachher, so stark daß er nicht nur die Scheu Unrecht zu thun, sondern auch die Furcht wider das eigne Interesse zu verstoßen überwand. Aber daß, um zu augenblicklicher Befriedigung seiner Begierden zu kommen, der Thäter nicht blos das Wohl des Staats sondern auch sein eignes weiteres Interesse zu gefährden wagt, ist sicher keine Entschuldigung. Hoffnung und Interesse sind zwei zu wenig bestimmte und greifbare Momente, um nach ihrem Dasein oder Nichtdasein verschiedene Schuldformen gegeneinander abzugrenzen. Ueber die Unterscheidung nach dem (Menschen überall nicht zukommenden) als unvermeidlich Vorhersehn, und nach dem Streben den Erfolg abzuwenden ist schon wider andre ausführliches gegeben.

Immerhin ist es anzuerkennen, daß K. den Muth gehabt hat im Widerspruch zu fast allen andern Criminalisten die vielgenannte bewusste Culpa als Nichtculpa zu proclamiren. Mir ist es gar nicht unwahrscheinlich daß im consequenten Fortschritt seiner Arbeiten er von der Unhaltbarkeit der Unterscheidung von Luxuria und Dolus sich überzeugt und auch diese Luxuria als Abart des Dolus anerkannt haben würde.

Ueber den impetus sagt K.:

§ 72. Dem Fall des frevelhaften Handelns gegenüber steht der des Handelns im Affecte (impetus). Im ersteren Falle lag der mögliche rechtsverletzende Erfolg einer an sich gefährlichen Handlung im Wissen aber nicht im Willen. Im letzteren dagegen lag der unvermeidliche (?) Erfolg einer an sich rechtswidrigen Handlung im Willen aber nicht, d. h. nicht deutlich im Wissen. Dieses Handeln unterscheidet sich von dem culposen wesentlich dadurch, daß der Wille positiv auf die Handlung gerichtet war, welche die Rechtsverletzung als unausbleiblichen Erfolg in sich schloss. Dagegen erreicht es

auch nicht den Begriff des absichtlichen Handelns, welches — sowol bei bestimmter als bei eventueller Billigung des Erfolgs — das deutlich entwickelte Bewusstsein der objectiven diesen Erfolg als nothwendig in sich schliessenden Natur der Handlung voraussetzt. Denn gerade dieses deutliche Bewusstsein fehlt bei dem im Affecte Handelnden, welcher die Handlung vielleicht unterlassen haben würde wenn er sich ihre Consequenz klar hätte vorstellen können. Daß er dies nicht vermochte und infolge hievon eine Wirkung hervorbringt die er bereuend als die seinige von sich abwälzen möchte, — dies ist eben die Macht des das Bewusstsein trübenden die Möglichkeit der Ueberlegung aufhebenden Affects, welchem sich preisgegeben zu haben, dem Handelnden als culpa zuzurechnen ist.

Auch diese Mittelstufe zwischen culpa und dolus kann als solche nicht angenommen werden. Wider Ks. Ausführungen ist verschiedenes zu bemerken. Zunächst, daß nachdem vorher das Wissen als Function des Willens behandelt ist, der hier hervorgehobene Gegensatz, daß bei der luxuria der Erfolg „im Wissen aber nicht im Willen“ bei dem impetus „im Willen aber nicht im Wissen“ gelegen haben müsse, als kein scharf gezeichneter erscheinen kann. Sodann daß die Abgrenzung dieses impetus gegen das absichtliche Handeln nicht zum Abschluss gebracht ist: „deutlich entwickeltes Bewusstsein der objectiven Natur der Handlung“ bei diesem, undeutliches Bewusstsein bei jenem. Bedenken wir aber wieder daß der Mensch zukünftiges, auch die zukünftigen Erfolge der eigenen Handlung nie ganz bestimmt vorhersehn, also nie ein absolut deutliches Bewusstsein der objectiven Natur seiner eigenen Handlungen haben kann, so sehn wir daß nicht der Gegensatz von deutlichem und undeutlichem, sondern nur der vom weniger zu dem mehr undeutlichen, oder wenn man lieber will von dem relativ undeutlicheren zu dem weniger deutlichen Bewusstsein in Frage kommt. Es liegt aber auf der Hand daß dieser Gegensatz aus keinem festen sondern einem fliessenden Unterschiede hervorgeht, und nicht benutzt werden kann nach ihm verschiedene Schuldstufen zu bestimmen. Aber gesetzt auch wir könnten das weniger deutliche Bewusstsein

ebenso von dem undeutlichen wie von dem relativ deutlichen Bewusstsein fest unterscheiden, der Affect wäre darum doch als Mittelstufe zwischen culpa und dolus nicht anzuerkennen. K. dürfte hier demselben Fehler verfallen sein den er bei andern rügt, und die Zurechnungsfähigkeit in die Zurechenbarkeit gezogen haben. Sprechen wir von einer Mittelstufe zwischen culpa und dolus, so dürfen wir nur an eine solche geistige Beziehung des Thäters zur That, Handlung und Erfolg, denken, die wie culpa und dolus in dem zurechnungsfähigen Thäter zur Entwickelung kommt. Der Affect aber hemmt nicht sowol die volle Entwickelung des dolus im zurechnungsfähigen, als er die Fähigkeit zum dolosen Handeln, d. h. die Zurechnungsfähigkeit selber trübt oder gar erstickt. Dies spricht sich auch in Ks. eigenen Worten aus: „die Macht des das Bewusstsein trübenden, die Möglichkeit der Ueberlegung aufhebenden Affects". Der Affect bewirkt einen Zustand der in den Particulargesetzen vielfach hervorgehobenen „Sinnesverwirrung", er stört den „Gebrauch der Vernunft", und ist darum nach heutigem Deutschen Strafrecht als Grund „verminderter Zurechnungsfähigkeit" zu nennen. So gut wie den Affect hätte K. auch Trunkenheit oder Fieber und Wahnsinnsparoxysmen die den Gebrauch der Vernunft nicht ganz aufheben, zwischen culpa und dolus stellen können.

Endlich vom dolus selber. Ich überspringe den wenig erquicklich stylisirten einleitenden § 73, da der folgende § 74 die Anschauungen Ks. von dem dolus selber und den Abarten desselben genügend charakterisirt:

> Indem der Handelnde mit seiner Absicht an die Wirklichkeit herantritt um sie in ihr zu realisiren, so richtet sich der Artunterschied der Absicht eben nach den beiden Factoren der Wirklichkeit, d. h. der Zufälligkeit und der Nothwendigkeit. Entweder nämlich a) erkennt der Handelnde sämmtliche Bedingungen, aus denen nach dem naturgesetzlichen Verlauf die beabsichtigte Wirklichkeit hervorgehn muss als vorhanden, d. h. er sieht die Nothwendigkeit des Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein, (mag ihm nun an dem Erfolge specifisch gelegen sein oder nicht,) — directe

Absicht, oder b) er erkennt daß der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen weiteren Bedingungen abhängt, deren Eintreffen blos möglich (zufällig) ist, gibt aber zu ihrem wirklichen Eintritt eventuell seine Zustimmung — eventuelle Absicht; c) Beides kann endlich zusammentreffen, d. h. der Handelnde beabsichtigt einen bestimmten, sieht aber auch zugleich die Möglichkeit noch eines andern Erfolgs ein und willigt in diesen für den Fall seines Eintritts eventuell ein.

Diese Definition stimmt im wesentlichen mit der Bernerschen überein und es spricht alles wider sie was gegen jene gesagt ist (vgl. S. 424 f.). In den nachfolgenden Paragraphen sind noch einige richtige Bemerkungen von K. niedergelegt:

§ 76. Absichtliches und culposes Handeln können zusammentreffen ohne daß damit ein abgesonderter Schuldgrad gegeben wäre.

§ 77. Weder für Absicht noch für culpa ist zu vermuthen, sondern stets der bestimmte Schuldgrad zu erweisen.

Weniger befriedigend ist der letzte Paragraph dieser Willenslehre:

Materielle Absicht (Zweck).

§ 78. Der Wille als das bewegende Princip der Handlung findet zwar in der objectiven Natur der letztern seine angemessene nach Art und Größe bestimmte objective Existenz und eben hiemit das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit. Ueber dieses durch die objective Natur der Handlung bestimmte Maß schreitet jedoch der Wille stets hinaus, und sucht durch die erzeugte äussere Existenz nur sich selbst zu befriedigen, seinen Zweck zu erreichen. Mit diesem Zwecke aber, dem besondern Inhalte, den er zur Seele seiner Handlung macht, verhält sich der Wille dem Rechte gegenüber negativ.

II. Eine Frage.

Ein Bauer hat eine Scheune neben seinem Hause. Wieder und wieder wird ihm Korn und Heu Nachts aus derselben gestohlen. Neue Schlösser, Ketten vor der Scheunenthür helfen nichts. Ein paar Nächte wacht er oder lässt die Knechte wachen; da kommt kein Dieb. Aber sobald kein Wächter da ist, wird von neuem eingebrochen. Endlich verfällt er darauf ein geladenes Gewehr in der Scheune so anzubringen daß bei Oeffnung der Thür der Schuss losgehn muss. Er lädt es mit feinstem Schrot, und legt es so niedrig daß der Schuss dem Eintretenden nur in die Beine gehn kann. Uebrigens erzählt er im ganzen Dorfe was er gethan hat, in der Hoffnung hiedurch den Dieb abzuschrecken. Dennoch erfolgt in der nächsten Nacht wieder ein Einbruch. Das Gewehr entlädt sich bei Oeffnung der Thür, dem Diebe werden von den Schroten einige Arterien zerrissen, und er stirbt an Verblutung. — Das Erkenntnis letzter Instanz nahm wegen gerechter Nothwehr Straflosigkeit der Tödtung an, nur das Legen der Flinte sei als Polizeiübertretung zu ahnden.

Ueber den Fall ist viel gestritten. Wir müssen denselben manches Beiwerks entkleiden um an ihm die Resultate unserer bisherigen Untersuchungen prüfen zu können. Zunächst hat die Polizeiübertretung für uns gar kein Interesse. Wir fragen nur ist der Bauer Mordes oder ist er culposer Tödtung schuldig? und für die hierauf zu gebende Antwort ist es durchaus indifferent, ob er nebenher einer s. g. Polizeiübertretung sich schuldig gemacht hat oder nicht. Sodann müssen wir die Nothwehr aus dem Spiele lassen. Ob im referirten Falle Nothwehr vorhanden gewesen oder nicht ist quaestio facti; nimmt man Nothwehr an, so ergibt sich die Entscheidung ohne weiteres. Darum denken wir uns den Fall so gestaltet daß Nothwehr nicht anzunehmen ist; der Bauer hätte sich noch in anderer Weise helfen können, er hat diesen Weg vorgezogen, ist ihm nun der bewirkte Erfolg zuzurechnen?

Diesem so umgemodelten Falle steht der andre völlig gleich, wo der Bauer sein Korn zu schützen im Innern der Scheune dicht

hinter der Thür scharf geschliffene Lanzen oder Degen befestigt hat: der Dieb ist im Dunkeln hineingelaufen und hat sich tödlich verletzt. Jeden Zweifel auszuschliessen wollen wir noch annehmen der Bauer habe Gewehr und Lanze so aufgestellt um den Dieb zu tödten. Ist der Bauer ein Mörder?

Bejahn wir dies, so müssen wir Mord auch im folgenden Falle annehmen. Diebe sind wiederholt in ein Haus eingebrochen, stets durch dieselbe Hinterthür; man erwartet ähnliche weitere Besuche. Darum wird die Fallthür dicht hinter jener Thür aufgelassen. Der Keller ist steingepflastert mehr als zwanzig Fuß tief. Man sieht vorher ja man beabsichtigt daß wenigstens einer der Diebe sich den Hals abstürzen solle. Der Fall ist den vorigen wesentlich gleichartig. Die Gefahr ist gleich groß überall; würde dies bestritten, so machen wir den Keller hundert Fuß tief. Auch dies macht keinen Unterschied, daß Gewehr und spitze Waffen aufgestellt wurden dem Diebe zu schaden, die Fallthür aber in harmloser Absicht angebracht ist. Denn das Dasein der Fallthür schadet auch dem Dieb so wenig wie die Existenz des Gewehres; hier schadet nur das Oeffnen und Offenstehnlassen, das der Aufstellung der Waffen gleich steht. Hätte gar wer noch Scrupel, so denke er den letzten Fall so, daß der Hauseigenthümer die Fallthür neuerdings nur der Diebe wegen habe machen lassen.

Noch mehr ähnliche Fälle sind leicht aufzutreiben. In einer chemischen Fabrik wird ein Kübel mit Schwefelsäure oder anderer scharf ätzender Flüssigkeit vor das Fenster gesetzt wo die Diebe zu erwarten sind. — Eine Mauer wird an der gefährlichen Stelle mit Glasscherben garnirt; der Dieb zerschneidet sich die Pulsadern. — Hinter der Mauer wird ein tiefer ausgemauerter oder auch mit Wolfsgruben versehener Graben angelegt; der Dieb stürzt sich Arm und Bein entzwei. — Gegen Obstdiebe wird der Zweig angesägt auf den sie klettern müssen, und sie brechen damit nieder. — Oder ich zerbreche einige Sprossen der Diebsleiter die ich im Dunkeln zum Einbruch angesetzt und für den Augenblick unbewacht gefunden habe. — Schliesslich ist es auch nicht viel anders, wenn der wüthende Hund den ich zum Schutz meines Hauses halte den Dieb halb todt beisst.

Etwas anders ist nachstehender Fall. Aus einem Keller ist mehrfach Wein entwendet; nun werden einige Flaschen die den Dieben am besten zur Hand liegen vergiftet. Der Fall ist in zwiefacher Hinsicht verschieden von den vorigen. Einmal weil es sich hier nicht um die Abwehr sondern um die Ahndung einer Missethat handelt, daher hier sicher keine Nothwehr angenommen werden kann. Zweitens weil der zu erwartende nachtheilige Erfolg vielleicht nicht den Dieb, sondern unschuldige Dritte die den Wein kaufen trifft. Doch könnte dieser zweite Unterschied durch specielle Umstände, die so angethan daß nur eine Vergiftung des Thäters selber zu erwarten ist, ausgeschlossen werden. Es ist stets nur je eine Flasche gestohlen worden; der stärkste Verdacht fällt auf eine versoffene Weibsperson, die auch im Hause wohnt, mit niemand verkehrt. Was erwartet wurde geschieht; das alte Weib stiehlt den vergifteten Wein, und bringt damit sich selber um das Leben.

Ich wiederhole die Frage; kann in all diesen Fällen die bewirkte Verletzung dem von dem sie ausgegangen zum rechtlich strafbaren dolus oder zur culpa zugerechnet werden? — Zu bemerken ist noch daß in all diesen Fällen das geistige Verhalten des Urhebers des Schadens gar verschiedenartig sein kann; er kann handeln um den Schaden zu bewirken; er kann die Gefahr voraussehn aber nur um den Dieb zu fangen handeln; er kann die Gefahr nicht voraussehn obwol er im Stande wäre sie vorherzusehn. Ferner kann seine Thätigkeit gegen eine bestimmte ihm bekannte Person sich richten, oder er kann zwar den Einbruch fest erwarten ohne bereits irgend etwas über die Person des Einbrechers zu wissen oder zu vermuthen, oder er kann selber an einen Einbruch kaum glauben, nur um sich als diligentissimus pater familias auch gegen die entfernte Möglichkeit zu sichern, den Graben haben ziehn, die Mauer mit Scherben versehn, die Fallthür offen, die Schwefelsäure am Fenster stehn lassen. Von diesen Schattirungen kann eventuell die Beantwortung der Frage: wie strafbar? ob wegen Dolus oder wegen Culpa? abhängig sein. Die Frage aber, ob überhaupt hier strafbare Schuld vorliege, muss ohne Rücksicht auf diese Modificationen entschieden werden.

Soweit ich gesehn und gehört habe sind betreffs all der er-

wähnten Fälle Juristen und Nichtjuristen geneigt Straf- und Schuldlosigkeit anzunehmen, Nichtjuristen noch mehr als Juristen, weil diese mit Recht anstand nehmen eine Entscheidung aus einem allgemeinen Gefühl zu geben, ohne im Stande zu sein dieselbe mit Rechtsgründen zu unterstützen. Einen Beleg für dieses aber auch in Juristen mächtige Billigkeitsgefühl finde ich in dem vorerwähnten Erkenntnis letzter Instanz, das die Verurtheilung zu vermeiden Nothwehr annimmt, obgleich die thatsächlichen Voraussetzungen derselben kaum nachzuweisen gewesen sein dürften.

Aber dem Billigkeitsgefühl scheint hier doch das Recht zu widerstreiten. Nimmt man die Fälle alle so gestaltet an daß Nothwehr ausgeschlossen ist, so kenne ich wenigstens keinen Satz unserer Rechtsquellen und keinen Ausspruch der wissenschaftlichen Autoritäten aus dem hier allgemein Schuldlosigkeit herzuleiten wäre. Ebenso führen die einfachen Consequenzen unserer Theorie ersichtlich dahin das Billigkeitsgefühl zu verleugnen. Dennoch möchte ich einen Versuch machen dasselbe zu rechtfertigen.

Handle ich in der Voraussicht des Schadens den ich stiften werde, so handle ich dolos; sehe ich aber daß der Schaden nur den treffen wird der selber ein Verbrechen begeht, so bin ich ohne Schuld, denn die Möglichkeit daß ein Dritter ein Verbrechen begehn werde brauche ich überall nicht vorherzusehn, und wo ich sie doch vorhersehe, habe ich auf dieselbe keine Rücksicht zu nehmen. Der Schaden erscheint mir gleichsam wie an eine condicio impossibilis geknüpft, die Möglichkeit daß sie sich doch erfüllen könne habe ich überall nicht zu beachten.

Wir müssen diesen Satz vor ungebürlicher Erweiterung wahren. Schiesse ich auf den Dieb den ich im Einbruch ertappe, ersteche ich ihn, werfe ich ihn in den Keller oder von der Leiter, so bin ich nicht entschuldigt. Dies liesse sich nur rechtfertigen wenn man annehmen könnte der Verbrecher wäre bei Verübung des Verbrechens dem Schutz des Rechts völlig entzogen; aber gewis ist nur Nothwehr gegen den Verbrecher gestattet, alles was zur Abwehr nicht nöthig ist, ist wenn überhaupt strafbar auch als excessus defensionis wider den Verbrecher zu ahnden. Unsere Fälle sind aber auch ganz anderer Natur als die eben angedeuteten.

Schiesse ich auf den Dieb den ich sehe, so sehe ich auch den Erfolg unbedingt vor mir; lege ich den Selbstschuss, so sehe ich den Erfolg als einen bedingten, bin ich berechtigt die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung zu übersehn, so sehe ich den Erfolg gar nicht; und wegen Mangels eines wesentlichen Stücks des innern Thatbestands ist Schuldlosigkeit anzunehmen.

Sodann dürfen mehre Theilnehmer nicht ihre Unschuld wechselweis aus unserm Satz herzuleiten unternehmen. A und B haben den X ermordet, A hat das Gift verschrieben, B wissentlich es eingegeben. A sagt: B wusste daß es Gift war, freilich hatte ich ihn bezahlt das Gift dem X zu geben, aber ich brauchte doch nicht anzunehmen daß B so verbrecherisch handeln würde. B sagt: freilich hatte A es mir gesagt, aber ich konnte doch nicht denken daß A wirklich Gift verschrieben hätte. Vielmehr darf unser Satz nur da zur Anwendung gebracht werden, wo wen der Schaden trifft ihn sich selber durch sein Verbrechen zuzieht.

Daß auch so umgrenzt der Satz noch manchem Bedenken ausgesetzt sein mag, verkenne ich nicht, und will darum hier nur eben die Frage aufgeworfen haben, ob vielleicht der besprochene Gedanke den nutzbaren Kern des Billigkeitsgefühls bildet, das in den vorgestellten Fällen die Strafbarkeit ausschliessen möchte.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Bekker, Ernst Immanuel,

Theorie des heutigen deutschen Strafrechts

Bd.: 1

Leipzig 1859